Rechtslexikon.

Neunter Band.

Raub — Schiffs- und Seerecht.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Präsident, Ordinarius rc. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- u. Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberappellationsrath Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Hofrath, Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Prof. Dr. **Wilda** in Kiel; Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath rc. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske

Professor in Leipzig.

Neunter Band.

Raub — Schiffs- und Seerecht.

Leipzig, 1855.

Verlag von Otto Wigand.

Raub [1]). Das römische Recht begriff in der ersten Zeit unter dem Diebstahle, furtum, zugleich auch den Raub, rapina [2]), wenngleich beide Verbrechen schon frühzeitig geschieden wurden und nun das furtum eine doppelte Bedeutung, eine weitere und eine engere, von denen jene neben dem Diebstahle auch den Raub und diese nur den Diebstahl umfaßte, erhielt [3]). Diese Auffassung gilt auch für die Zeit nach dem prätorischen Edicte de vi bonis raptis und für die Zeit der classischen Juristen. Die uns aufbewahrten Definitionen [4]) des furtum umfassen sowohl den Diebstahl und den Raub, als auch nur den ersteren [5]), obgleich zu den Zeiten der classischen Juristen der Raub als ein besonderes Delict [6]) bereits anerkannt und die Beschränkung des Edictes auf den von einer Rotte verübten Raub, welche recht deutlich die politische Bedeutung und Beziehung dieses Edictes beurkundet [7]), nicht mehr maßgebend war [8]). Das justinianeische Recht, wenngleich dasselbe die furti actio dem Beraubten nicht versagte, trennt bestimmt beide Verbrechen [9]).

---

1) Pauli, diss. de vera rapinae indole Vit. 1777. Püttmann, de crimine robbariae (Adversar. iur. univ. Lib. II. c. 24.) Konopack, im neuen Archiv d. Crim. R. Bd. V, Nr. 6. Imhof, diss. de furtis. Klien, d. L. v. Diebstahl. Wächter, im Rechtslexikon s. v. Diebstahl (Bd. III, S. 354 flg.) Dollmann, d. Verbr. d. Entwendg. Schwarze, de crimine rapinae (Lips. 1839). Breitenbach, d. Verbr. d. Raubes (München 1839).

2) Schwarze l. c. p. 1 sq. und insbes. Wächter a. a. O. Rein, Criminalrecht S. 326. Heffter, Lehrb. §. 515.

3) Schwarze l. c. p. 5 sq.

4) Wächter a. a. O.

5) Schwarze p. 6 sq. — Das fraudulosa in der in die justinianeischen Rechtsbücher aufgenommenen Definition des furtum übersetzt Schrader, Institut. Ausg. S. 581 mit quod fraude fit, also überhaupt das Dolose.

6) Gai. III. §. 209. Rein a. a. O.

7) Insbes. Savigny, Zeitschr. für geschichtl. RW. Bd. V, S. 123 flg. Huschke, Annal. liter. p. 188. Rein, Criminalr. S. 327. Breitenbach S. 82 flg.

8) Gai. l c.

9) Schwarze l. c. p. 6. 7. 10 sq. Besonders aber Dollmann S. 28. Anderer Meinung ist neuerdings Wächter a. a. O. Vgl. noch Schrader a. a. O.

In den Fällen, in welchen die römische Gesetzgebung den Raub besonders auszeichnete, war das Motiv derselben augenscheinlich die Rücksicht auf die Störung der allgemeinen Sicherheit und Ruhe durch die Anwendung der Gewalt. Die Beeinträchtigung des fremden Vermögens konnte durch eine Vermögensbuße genügend gesühnt und ausgeglichen werden, — insoweit reichten die Privatstrafen des Diebstahles völlig hin und das Verbrechen bewahrte sich den Charakter des Privatverbrechens. Die a. vi bonor. rapt. ist mit den Diebstahlsklagen nahe verwandt und concurrirt mit ihnen sowie mit der a. ex lege Aquilia nach den gewöhnlichen Regeln[10]). Wie man das furtum manifestum mit höherer Strafe, wohl hauptsächlich aus Rücksicht auf das durch solchen Diebstahl erzeugte größere Aergerniß[11]), zu ahnden für nöthig fand, so wurde die Verletzung der Persönlichkeit, der dem Willen des Besitzers einer Sache auferlegte Zwang zur Herausgabe des letzteren, als ein den Vermögensverlust weit übersteigendes und mit einer Privatstrafe nicht genügend geahndetes strafbares Moment betrachtet. Allerdings ist der Raub nicht gleich anfänglich unter die Strafgesetze gegen die Gewaltthätigkeiten, vorzüglich das julische Gesetz gestellt worden[12]), wie schon daraus hervorgeht, daß das letztere, wie überhaupt die Strafgesetze jener Zeit, nur einzelne und bestimmte strafbare Fälle hervorhob[13]). Insbesondre wurde der Raub bei einem Schiffbruche, dessen Bestrafung eine besondere Berücksichtigung gefunden hatte, erst später durch einen Senatusconsult der Strafe des julischen Gesetzes unterstellt[14]), während das Edict de mundio, ruina, rate, nave expugnata[15]) in Rücksicht auf das öffentliche Interesse[16]) eine besondere Strafe gegen den unter Benutzung gewisser Unglücksfälle ausgeführten Raub verordnet hatte[17]). Allein es bot das julische Gesetz in den von ihm speciell hervorgehobenen Fällen für die Ausdehnung seiner Vorschriften auf analoge Fälle[18]) einen willkommenen Anhalt; die Jurisprudenz wandte wenigstens zu Ulpian's Zeiten das Gesetz auf jeden Räuber an[19]) und strafte den

10) Vgl. noch Huschke l. c. p. 207 sq. Dollmann a. a. O.

11) Wächter a. a. O. S. 369.

12) Der bewaffnete Räuber fiel wegen der Waffengewalt unter die lex Iulia de vi privata. L. 1. §. 1. D. (48. 7.) Wächter, im Crim.-Archiv XIII, S. 112.

13) Wächter, im Crim.-Archiv a. a. O. S. 242 flg.

14) Das weitere s. bei Schwarze l. c. p. 28 sq.

15) Dig. Tit. (47. 9.)

16) L. 1. §. 1. h. t.

17) Vgl. noch Madai, diss. de vi. §. 15. p. 77.

18) Das crimen vis erhielt deshalb nicht einen subsidiären Charakter, sondern die Lex Iulia eine analoge Anwendung. Vgl. vorzüglich Wächter, Archiv S. 242 flg. in Verb. mit Henke, Handb. Bd. III, S. 153.

19) L. 2. §. 1. D. (47. 8.) Der Raub bei einem Schiffbruche wurde unter L. Iulia de vi priv. und der Raub bei einer Feuersbrunst unter die L. Iulia de vi publica gestellt. (L. 2. §. 3. D. (48. 6.) L. 1. §. 2. D. (48. 7.) Dieser

Raub bald als öffentliche bald als private Gewalt, je nachdem der Raub von einer Person, oder doch einer unbewaffneten Rotte, oder ob er von einer bewaffneten Rotte verübt worden war [20]).

Ob die a. furti manifesti oder auch die a. furti non manifesti gegen den Räuber zulässig war, darüber herrscht Streit [21]). Man kann den Räuber jedoch nicht unbedingt dem fur manifestus gleichstellen, da der Begriff desselben [22]) nicht an sich schon auf den Räuber Anwendung leidet [23]), und es stehen daher dem Beraubten beide Klagen, nach Gelegenheit des Falles, zu [24]). Außer denselben konnte auch die durch den Prätor eingeführte a. vi bonor. rapt., welche auf das quadruplum ohne Unterschied des Falles gerichtet war, erhoben werden. Sie stand gleichfalls nur denen zu, quorum interest, rem non surripi [25]), während den übrigen Inhabern nur durch das (unter Valentinian) auf res mobiles ausgedehnte interdictum unde vi Schutz gewährt wurde. Das Klagfundament war daher keineswegs durch die Thatsache der Besitzentziehung erschöpft [26]), sondern beruhte in dem Interesse, welches sich außer im Eigenthum in der Verpflichtung des Inhabers zur Werthserstattung gegen den Eigenthümer äußert und wodurch die Klage für den Besitzer (außer dem Eigenthümer) gleichsam als eine abgeleitete [27]), als eine durch gesetzliche Cession der Rechte des Eigenthümers an der Sache auf den Verletzten übertragene Klage, ähnlich der Vindication, sich darstellte. Wie später gegen den Dieb [28]), mit alleiniger Ausnahme des fur domesticus [29]), die öffentliche Criminalklage zulässig war [30]), so galt dies in noch erhöhterem Maße in Bezug auf die Räuber. Ferner

---

Unterschied beruht wohl auf der Erwägung der allgemeinen Gefährlichkeit und der publica trepidatio einer Feuersbrunst. Breitenbach S. 25.

20) L. 11. pr. D. (48. 6.) L. 1. §. 2. D. (48. 7.)

21) Schwarze p. 25.

22) Wächter, im Rechtslexikon a. a. O. Abegg, Criminalarchiv Bd. 14, S. 444.

23) Si quis — rapuerit — furti non manifesti, videlicet, si nemo eum deprehenderit tollentem. L. 52. §. 30. D. de furt. und Accursius in der Glosse zu L. 1. (nec manifesti) (47. 8.)

24) L. 1. h. t. — L. 80. §. 3. D. (47. 2.)

25) Dollmann a. a. O. S. 41 flg. Ueber das Klagerecht des Depositars vgl. L. 2. §. 24. D. (47. 8.)

26) Vgl. aber Mackeldey, Lehrbuch §. 447, N. a. (Ed. Roßhirt S. 323.) Vgl. noch L. 3. §. 14. D. (10. 4.), Dollmann a. a. O. und Wächter, im Rechtslexikon S. 356, 370.

27) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I, S. 203. Dollmann a. a. O.

28) Vgl. darüber Dollmann und Wächter a. a. O.

29) L. 11. §. 1. D. de poen.

30) Dies ergiebt sich schon aus der L. 3. D. (48. 1.), wie dann das Wort plerumque in L. ult. D. de furt. gar nicht auf die verschiedenen Arten des Diebstahls bezogen werden kann. — Die bewaffneten Diebe fielen unter die L. Cornel. de sicar. (L. 1. pr. ad hanc leg. — Coll. Leg. Rom. et Mos. 1. 23.);

blieb, wie bei dem Diebstahle[31]), so auch bei dem Raube, die Civilklage nachgelassen. Ob die accusatio jedem oder nur dem, der zur Civilklage berechtigt gewesen, zustand, ist zweifelhaft, wohl aber dahin festzustellen, daß die (zum Theil auf anderen Erwägungen, als dem Schutze des verletzten Eigenthums beruhende) Criminalklage jedem Bürger zustand[32]); insbesondre findet diese Annahme in den Bestimmungen der Lex Iulia ihre volle Rechtfertigung[33]).

Besonders hervorgehoben werden noch die latrones und grassatores[34]) und mit Capitalstrafen bedroht. Unter jenen scheinen[35]) die Römer besonders diejenigen Räuber[36]) verstanden zu haben, welche den Beraubten überdies tödten, obgleich zunächst latro wohl den entlassenen Soldaten bedeutet, welcher den beendigten Krieg nunmehr auf eigene Faust und gegen jeden Besitzenden fortführen will[37]). Die grassatores würden im allgemeinen W e g e l a g e r e r sein[38]) und es liegt im Begriffe der grassatio die Hinweisung auf den öffentlichen Ort der Ausführung des Raubes[39]). Der latro wurde auch nach der L. Cornelia de sicariis gestraft, weil man ihm eine eventuelle Absicht der Tödtung supponirte[40]) und diese als ein besonders strafbares Moment erachtete.

---

jedoch nicht wegen des Diebstahls, sondern wegen des Waffentragens zu verbrecherischen Zwecken. (Vgl. noch R o ß h i r t, Entwickel. d. Grundſ. d. Strafr. §. 14, S. 115).

31) Es ist nicht gegründet, daß da, wo die Gesetze ausdrücklich die Verfolgung des furti als criminis extraord. gestatten, nur diese und nicht mehr auch die Civilklage nachgelassen wäre. Vgl. D o l l m a n n S. 54 und W ä c h t e r, Rechtslexikon S. 375, Anm. 122.

32) Vgl. das, was W ä c h t e r, Rechtslexikon S. 375 ausgeführt hat und auch auf die criminelle Behandlung des Raubes Anwendung findet.

33) W ä c h t e r, Criminalarchiv a. a. O.

34) L. 28. §. 10. 13. D. (48. 20.) B r e i t e n b a c h S. 82 flg.

35) Eine völlig sichere Begriffsbestimmung enthalten weder die vorstehend citirten noch andere Stellen des röm. Rechtes. Vgl. noch Festus sub v. latro und Forcellini lexic. tot. Lat. sub voce: grassator. Daß unter dem latro nicht, wie F e s t u s meint, viarum obsessor, qui a latere adoritur et occulte insidiatur, zu verstehen sei, geht auch aus C i c e r. in Catilin. II. 1.: cum illum ex occultis insidiis in apertum latrocinium coniecimus, hervor. Vgl. noch Forcellini s. voce: latrocinium. (Ed. noviss. II. p. 638.)

36) Vgl. insbes. die von D a m h o u d e r, prax. rer. crim. cap. 86 gesammelten Stellen.

37) Vgl. auch L. 118. D. (50. 16.) L. 24. D. (49. 15.) C a e s a r, de bello civili III. 109. extr.

38) So heißt es auch in L. 28. §. 13. D. (48. 20.) famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt etc. Die famosi latrones sollen extra ordinem gehangen werden, während im übrigen für die einfache Tödtung nur die Todesstrafe (durch das Schwert) in der L. Cornelia angedroht war. Die furca galt für eine schwerere Todesstrafe. Vgl. F a r i n a c i u s, de del. et poen. I. 3. Qu. 18. §. 84.

39) Cod. Theod. (XI. 36.) cap. 1. 6. (cf. Iust. Cod. (VII. 65.) const. 2.) und Cod. Theod. (IX. 40.) c. 4.

40) Vgl. z. B. die Vorschriften in L. 16. D. (49. 1.) und Const. 10. Cod. (III. 13.)

Keineswegeswurde hierdurch etwa das latrocinium zu einem besonderen Verbrechen erhoben oder dem Kreise des Raubes entrückt, wie die spätere gemeinrechtliche Praxis gethan.

Der Raub wurde zu den schwersten Verbrechen gezählt, und wir finden, daß die härtesten Strafen nach und nach gegen dieses Verbrechen angedroht wurden, auch senst dieses Verbrechen in processualischer Hinsicht besonders ausgezeichnet wurde[41]).

Von einigen Rechtslehrern[42]) ist jede offen ausgeführte Entwendung einer Sache zum Raube (nach römischem Rechte) gerechnet worden. Allein mit Unrecht. Das Wort fraudulosa in der Legaldefinition des furti ist, ganz abgesehen davon, ob es nicht lediglich nur den dolus im allgemeinen ausdrücken soll[43]), durchaus nicht der Gegensatz von palam, sondern drückt nur eine gewisse List und Klugheit aus, mit welcher der Dieb zu Werke gegangen ist[44]). Die Subsumtion des Raubes unter das julische Gesetz beweist ebenfalls, daß der Begriff des ersteren eine wirkliche Gewalt voraussetze, da außerdem diese Unterstellung geradezu unmöglich gewesen wäre und nicht angenommen werden kann, daß für die mit der prätorischen Klage verfolgten Raubfälle eine andere Begriffsbestimmung gegolten habe. In der Regel wird der Diebstahl heimlich verübt werden, weshalb selbst bei der Aufnahme des Momentes in den Thatbestand, wie wir sie bei den Aelteren finden, nur der gewöhnliche Fall berücksichtigt, keineswegesaber eine so strenge Abgrenzung gegen den Raub beabsichtigt wurde. Man kann hier noch auf die Begriffsbestimmung des clam hinweisen: quod quisque, quam controversiam haberet habiturumve se putaret, fecit[45]), während unter vis die Handlung dessen, qui prohibetur, verstanden und vis dem furtum gegenüber gestellt wird[46]).

Die Gewalt muß gegen eine Person gerichtet sein[47]); die Gewalt gegen Sachen reicht nicht hin[48]). Die gegen Sachen ausgeführte Gewalt ist nicht die vis atrox, welche bei der rapina vorausgesetzt wird und welche z. B. auch bei dem interdictum de vi und der actio quod

41) Cropp, de praecept. circa conatum puniend. II. p. 78. Dasselbe finden wir bei der Entführung, wo in const. un. Cod. (IX. 33.) gesagt wird: cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui.

42) Vgl. Hommel, Rhaps. Obs. 412. Heffter, Lehrb. §. 515 flg. (Ed. II.) Erhard, de furti not. p. 12.

43) Schrader a. a. O. Vgl. noch Wächter, Rechtslex. S. 359.

44) Vgl. noch den in L. 7. §. 1. D. de furt. von Ulpian aufgestellten Fall.

45) L. 1. §. 5. D. (43. 24.) L. 2. §. 9. D. (47. 8.) L. 75. §. 3. de Reg. Iur.

46) C. 1. Cod. (II. 29.) Nov. 134. c. 13. (occulte et sine armis delinquunt — violenter aggrediuntur).

47) Günther, de furti not. p. 41. Henke, Hdbch. §. 165. Abegg, Strafrechtswissenschaft §. 188. Vgl. noch Dollmann S. 56.

48) Wächter, Rechtslexikon S. 373, Anm. 117. Schwarze l. c. p. 20.

metus causa den besonderen Schutz der Gesetze hervorrief[49]). Hier wird allenthalben eine Vergewaltigung der Person erfordert, jene necessitas alterius voluntati imposita contraria[50]), welche übrigens in einem Angriffe auf Sachen nur dann sich äußert, wenn in demselben zugleich eine Bedrohung des Besitzers oder anderer Personen liegt[51]). Eine solche Bedrohung und mit ihr Vergewaltigung der Person kann natürlich auch in dem Auftreten einzelner oder mehrerer Personen liegen, wenn dasselbe nicht an der Absicht zweifeln läßt, jeden etwaigen Widerstand mit Gewalt zu unterdrücken und hierdurch den anderen und schwächeren Theil veranlaßt, von jedem Widerstande abzusehen[52]). Daß die römischen Juristen nur diese Gewalt bei der rapina im Sinne hatten, zeigt der Titel der Dig. vi bonor. rapt. et de turba (vgl. insbes. L. 2. §. 9) deutlich, wie auch die Zusammenstellung mit anderen namentlich in Zeiten politischer Unruhen verübten Gewaltthaten. Ebenso wird wegen arbores furtim caesae die Diebstahls-, nicht aber die Raubklage gegeben, und der Fall ausdrücklich ausgenommen, wenn Jemand arbores per vim sciente domino caedit[53]). Aus gleichem Grunde können auch die effractores nicht unter die Strafbestimmungen für die rapina gestellt werden[54]); auch hier ist nur eine Gewalt an Sachen, welche weder die Anklage nach dem julischen Gesetze, noch also, consequenterweise, die wegen Raubes rechtfertigen würde[55]).

Bei der Frage, mit welcher Handlung der Raub vollendet gewesen sei, muß man freilich nicht unbeachtet lassen, daß da, wo das julische Gesetz Anwendung fand, ebenso wie bei den übrigen Gesetzen dieser Art

---

49) Savigny, d. Recht d. Bes. §. 37 (Ausg. V. S. 431).

50) L. 1. D. (4. 2.)

51) Wächter, im N. Archive des Criminalr. Bd. XI, S. 638 flg.

52) Wächter a. a. O. S. 640 flg. Daselbst auch über den Fall in L. 52. §. 3. D. de furt., wo es heißt: si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit. Daß L. 3. §. 2. D. ad L. Iul. de vi priv. und L. 3. §. 2. 3. L. 11. pr. D. ad L. Iul. de vi publ. nicht entgegenstehen, hat Wächter gleichfalls schon nachgewiesen. — L. 3. §. 2. ad L. Iul. de vi priv. soll offenbar nur sagen, daß der Raub nicht blos von einer Rotte (worauf sich das Edict zunächst bezog), sondern auch von einem Einzelnen verübt werden könne, ohne deshalb an dem Begriffe der Gewalt etwas zu ändern. Vgl. übrigens noch Savigny, Zeitschrift für gesch. RW. Bd. V, 1, S. 123 flg.

53) L. 8. §. 3. D. (47. 7.)

54) Vgl. aber Luden, über den Versuch S. 194 (welcher hier wenigstens einen Fall des crimen vis annimmt), Günther l. c. p. 47. Henke a. a. O. Auch Dollmann a. a. O. S. 56 will die effractores aus der Sphäre des furtum verweisen. Allein die angef. Stellen (L. 1. §. 1. 2. D. (47. 18.) L. 3. §. 1. D. (1. 15.) beweisen das nicht, was aus ihnen gefolgert wird. Vgl. Schwarze l. c. not. 74. Ueber die expilatores vgl. Wächter, Lehrb. §. 197, N. 98. Roßhirt, N. Archiv des Criminalr. Bd. III, S. 74.

55) Die Gewalt an Sachen hebt den Begriff des Diebstahles nicht auf. — L. 22. pr. D. de furt. steht nicht entgegen, da in diesem Falle der Dieb noch nichts gestohlen hatte und daher die Diebstahlsklage nicht erhoben werden konnte.

nur einzelne Handlungen als strafbare hervorgehoben wurden und die Gesetzgeber weit davon entfernt waren, ein die Regeln über Vollendung, Versuch ꝛc. zur Grundlage nehmendes System aufzustellen[56]). Man kann daher eine solche Frage in Bezug auf diese Fälle nicht ganz passend finden[57]). Will man aber die Frage so stellen, ob der Raub von der vollen Strafe des julischen Gesetzes schon dann getroffen worden sei, wenn der Räuber die fremde Sache sich noch nicht angeeignet oder eine der Aneignung werthe Sache nicht gefunden hatte, so ist diese Frage allerdings zu bejahen, da das Gesetz, seiner Tendenz nach, nicht in der Aneignung der Sache, sondern in der Anwendung der Gewalt das strafbare Moment finden mußte[58]). Der Zweck der angewendeten widerrechtlichen Gewalt ist für den Begriff ebenso als der Grad derselben gleichgiltig. Bildet dieser Zweck ein anderes Verbrechen, so wird eine ideelle Concurrenz begründet sein, bei welcher in Frage kommen kann, ob das andere Verbrechen, zu welchem die Gewalt wie das Mittel zum Zwecke sich verhält, vollendet ist oder nicht, je nachdem der Zweck erreicht wurde oder nicht, und ob die Gewalt oder der Zweck an sich als das strafbarere Moment sich darstellt. Auch die späteren Strafvorschriften heben allenthalben die Gewalt, die Störung der öffentlichen Sicherheit hervor und es kann daher bei ihnen nur auf die Gewaltanwendung ankommen. Daß dagegen zur Erhebung des Diebstahls- und der (prätorischen) Raubklage die Aneignung der Sache nothwendig war, liegt in der Natur der Sache, da die Privatstrafe nach dem Werthe derselben sich richtete[59]). War es nicht bis zur Aneignung gekommen, so konnte nach Befinden wegen iniuria[60]) oder wegen der Bewaffnung mit tödtlichen Werkzeugen nach der Lex Cornelia[61]) oder überhaupt wegen Gewalt[62]) geklagt werden. Die Entscheidung in L. 2. §. 2. D. (47. 8.) steht nicht entgegen, da durch sie nur eine Erklärung der im Edicte gebrauchten Worte dolo malo gegeben und der intellectuelle Urheber dem physischen Urheber gleichgestellt werden sollte[63]).

Wir glauben demnächst, daß rapina und furtum auch dadurch sich unterscheiden, daß bei diesem und nicht auch bei jener der lucri animus erfordert wird. Wie hierauf schon der Umstand hindeutet, daß der lucri animus nur in der, speciell den Diebstahl betreffenden Legaldefinition erwähnt wird, so hebt das Edict, insbesondre in seinem ersten Theile, den Schaden vor, ohne des Gewinnes zu denken, wie auch in

56) Wächter, Archiv Bd. XIV, S. 246 flg.

57) Vgl. insbes. Zachariä, die Lehre vom Versuche des Verbr. Theil I, §. 67—78.

58) Vgl. auch Wächter a. a. O.

59) Ueber const. 20. Cod. de furt. Vgl. Schwarze p. 37. not. 130.

60) L. 21. §. 7. D. (47. 2.) Paulus Sent. Rec. II. 31. §. 35.

61) L. 1. §. 1. D. de sicar.

62) L. 21. §. 7. cit.

63) Demselben Grundsatze begegnen wir in L. 2. §. 3. 12. L. 4. §. 4. ibid. §. 11. Inst. (IV. 1.) Vgl. noch L. 82. §. 4. D. (47. 8.)

dem nächsten Zwecke desselben wohl begründet ist. Hier reicht der animus damnum dandi aus und die gewaltsame Wegnahme der Sache hört nicht auf Raub zu sein, wenn sie in der Absicht erfolgte, letztere zu vernichten. Ferner nehmen wir die Möglichkeit einer rapina rei suae an[64]), in Uebereinstimmung mit dem furtum rei suae. Es ist kein Grund abzusehen, warum neben dem letzteren nicht auch eine rapina rei suae rechtlich angenommen worden sei[65]). Das bloße Stillschweigen der Gesetze kann um so weniger hiergegen angeführt werden, als sie im übrigen den Raub härter als den Diebstahl strafen[66]). Die Entscheidung in L. 2. §. 18. D. (47. 8.) läßt sich gleichfalls nicht anführen. Sie erläutert nur den Begriff des dolus malus, den wir auch bei dem furtum rei suae erfordern. Ohne den Hinzutritt besonderer Umstände ist die Wegnahme der eigenen Sache aus fremdem Gewahrsam überhaupt nicht strafbar und deshalb sagt Paulus, der sonst wiederholt ein furtum rei suae anerkennt[67]), in den Sent. Rec. II. §. 21.: rei nostrae furtum facere non possumus[68]). Ist das Recht des Inhabers nicht von der Art, daß er sich mit der Berufung auf dasselbe gegen die Vindication des Eigenthümers schützen könnte, so liegt auch kein furtum in der Wegnahme. Der Prätor verlangt bei der rapina außer vis noch den dolus, da jene auch ohne den letzteren vorkommen kann[69]). Dieser dolus ist die wissenschaftliche Verletzung des Besitzrechtes des Anderen. Ohne solche Wissenschaft des Eigenthümers und solches Besitzrecht des Anderen ist weder furtum noch rapina vorhanden[70]). Insoweit nun solches Besitzrecht des Dritten das Vindicationsrecht des Eigenthümers beschränkt, wird die eigene Sache zur res aliena und der letzteren gleichgeachtet. Allein das furtum tritt erst mit der Wissenschaft von diesem Rechte ein[71]). Wo sie fehlt, kann nach Befinden eine Strafe wegen Selbsthilfe verwirkt sein, nicht aber wegen Diebstahls oder Raubes. Die eigenmächtige Ansichnahme der Sache ohne diese Kenntniß ist eben die Selbsthilfe, bei welcher nur die Geltendmachung eines Rechtes beabsichtigt wird. Die Gesetze geben hier nicht die Raub- oder Diebstahlsklage, sondern verweisen uns an das Decretum Divi Marci oder

---

64) Vgl. dagegen Wächter, Lehrb. §. 199. Henke, Lehrb. §. 164. (Bd. III, S. 147).

65) Vgl. auch §. 2. extr. Inst. (IV. 2.)

66) Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit quam qui clam amovet. §. 1. Inst. (IV. 2.)

67) L. 15. L. 20. §. 1. L. 55. §. 4. L. 68. pr. de furt.

68) Vgl. noch Klien, d. Lehre v. Diebstahl S. 126.

69) L. 3. D. (2. 7.)

70) Vgl. noch über die Bedeutung des Rechtsirrthums in diesen Fällen Wächter, Rechtslex. S. 367.

71) Auf diese Weise lassen sich L. 20. §. 1. de furt. L. 2. §. 18. de vi bon. rapt. — const. 3. Cod. (IX. 33.) leicht vereinigen. In den letzten Fällen war der Gläubiger unmöglich in Unwissenheit über die Rechte des Besitzers und deshalb lag Raub, nicht blos Selbsthilfe vor.

wenden bei schwerer Gewalt, unter alleiniger Berücksichtigung derselben, die Lex Iulia an[72]). Wenigstens können wir auf diese Weise die verschiedenen Beziehungen der gewaltthätigen Wegnahme der eigenen Sache mit den Grundsätzen vom Diebstahl, Raube und von der Selbsthilfe vereinigen.

Ob auch an einer geraubten Sache ein Raub begangen werden konnte, kann ebenso gut, wie die Möglichkeit eines Diebstahles an einer gestohlenen Sache, bezweifelt werden[73]). Dem Eigenthümer der gestohlenen Sache wird die Diebstahlsklage gegen beide Diebe, nicht aber dem ersten Diebe gegen den zweiten gegeben, da sua ex causa honesta non interest, rem salvam esse[74]). Die Anstellung der Klage gegen den Einen schließt daher das Klagerecht gegen den Anderen nicht aus, quum nova causa intervenerit. Nur fragt sich, inwieweit ein Ausschluß stattfinde, wenn der Bestohlene von dem Diebe volle Befriedigung erlangt hat. Nehmen wir einen solchen Ausschluß an, wie es jedenfalls in Bezug auf den ersatzgewährenden Theil der Klage und wohl auch in Bezug auf die Strafe selbst angenommen werden muß, trotz der Verschiedenheit der facta, so möchte man zweifeln, ob durch obige Bestimmung etwas anderes als eine Sicherstellung des Bestohlenen in processualischer Hinsicht beabsichtigt worden sei.

Endlich kann nach römischem Rechte wie beim Diebstahle[75]) nur eine bewegliche Sache Gegenstand des Raubes sein, wie denn die Gesetze bei der gewaltsamen Besitzentsetzung aus einer unbeweglichen Sache wohl von deiicere, nicht aber von rapere sprechen. Hier bieten die Gesetze über die Bestrafung widerrechtlicher Gewalt genügende Abhilfe.

Die teutschen Rechtsbücher, in welchen der Raub zu den schwersten Verbrechen[76]) und zu denen, in welchen der Beraubte anfänglich zur Annahme der Composition nicht genöthigt werden konnte, dafern er die Fehde vorzog, gerechnet worden ist[77]), enthalten schon frühzeitig öffentliche Strafen gegen den Raub, als ein Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung[78]) und rechnen ihn zu den der besonderen Strafgewalt der königlichen Richter vorbehaltenen Verbrechen[79]). Die Strafen, welche

---

72) Vgl. z. B. L. 3. §. 6. D. (48. 6.)
73) Dollmann, Entwend. S. 42, N. 98.
74) L. 76. L. 78. §. 1. D. de furt. L. 4. pr. D. (4. 9.)
75) Wächter S. 357.
76) Ludovici, Pii praecept. pro Hispanis (Walter, ius germanic. Tom. I. §. 290.)
77) Vgl. noch Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 18, 76. (Ausg. IV, Th. I, S. 39, 89, 442). Rogge, Gerichtswesen der Germanen S. 23. Henke, Gesch. d. teutsch. peinl. R. Bd. I, S. 25.
78) So heißt es öfters in den Capitular. Saxon. zur Rechtfertigung dieser Ausnahme: nam latro est infidelis nostro regno.
79) So zieht Karl der Kahle im J. 844 homicidium, raptus und incendium zu seiner und der von ihm geordneten Richter-Jurisdiction (Walter III, 20), wo unter raptus wohl zunächst die Entführung, dann aber nicht blos

den Räubern angedroht werden, sind natürlich sehr verschieden, indem man bald, unter Benutzung des römischen Rechtes [80]), eine nach dem Werthe der Sache bestimmte [81]) oder absolut [82]) festgesetzte Geldbuße, an deren Stelle im Falle des Unvermögens Geißelhiebe oder bis zur Bezahlung und Abarbeitung Knechtschaft traten [83]), verordnete, bald mit der Geldbuße eine körperliche Strafe vereinigte [84]), ja selbst die Todesstrafe androhte [85]). Nicht selten werden die Ausdrücke fur, latro, raptor ohne Unterschied gebraucht [86]) und insbesondre der große und der offene sowie der gewaltsame Diebstahl dem Raube gleichgestellt, ohne jedoch die Begriffe selbst zu vermischen [87]). Wir finden auch hier, wenngleich der Diebstahl für verächtlicher gehalten wurde [88]), die schwereren Fälle desselben mit gleicher Strafe wie den Raub [89]) geahndet und den Rückfall besonders hervorgehoben [90]). Besonders wichtig sind hierbei diejenigen Vorschriften, durch welche der Privatrache entgegengewirkt und dieselbe mit Strafe bedroht wurde [91]). Sie zeigen, daß mit dem Wachsen der königlichen Gewalt immer mehr auf Beseitigung der Privatrache Bedacht genommen und die Strafgewalt als ein Vor-

---

der Sachenraub (Eichhorn §. 266), sondern jede gewaltthätige Wegführung einer Sache oder eines Menschen zu verstehen ist. Vgl. noch Lehmann, Speier. Chronik II, 28, S. 111. Roßhirt, Gesch. und System des teutschen Strafr. Bd. I, S. 20.

80) Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 80 flg.

81) Vgl. z. B. L. Wisigoth. VIII. 2. c. 6. 9. 12. Frision. 8.

82) L. Burgund. 70. L. Salic. 16.

83) L. Wisigoth. l. c. und III. 14. Cap. R. Franc. III. c. 65. L. Longob. Caroli M. 31.

84) L. Burgund. 29. Ed. Theod. 57.

85) Ed. Rothar. 19.

86) Schmid, de furto sec. leges Germ. p. 2. Hohbach, Beiträge zum Strafr. u. Strafverf. S. 241.

87) Schwarze, de crim. rapinae p. 50 sq. und die in Note 185 angeführten Gesetze.

88) Cropp, der Diebstahl nach älterem Rechte, in Hudtwalker's und Trummer's criminal. Beitr. Bd. II, S. 27, 309. Hohbach, Beitr. S. 247. Dollmann, Entwend. S. 77.

89) Auch hier wurde nicht selten darauf, ob der Räuber und der Beraubte der römischen oder fränkischen Nation angehöre, Rücksicht genommen, dergestalt, daß der Römer weniger Schutz fand, vgl. z. B. L. Salica (emend.) XV. §. 1. 2. 3. Vgl. noch Grimm, Rechtsalterth. S. 398. Eichhorn a. a. O. §. 46 in Verb. mit Rogge a. a. O. S. 55 flg.

90) Besonders in den Capit. der fränk. Könige. Vgl. z. B. Cap. v. J. 805. II. 21. III. 20. IV. 15. (Walter II. 27. 207. 212. 214. L. Longob. Karl's d. Gr. 44. In den Zeiten Ludwig's des Frommen trat häufig Verbannung und Excommunication ein, mit Bezug auf die Stelle der Bibel: daß die Räuber das Himmelreich nicht haben werden. Vgl. z. B. Capit. in Synod. Carisiac. decr. 877. (Walter III. 61. 75.)

91) Vgl. z. B. L. Rothar. 74. L. Longob. I. 7. L. 15.

recht des Königs selbst, dem auch die Begnadigung gebührte[92]), angesehen wurde. Nirgends aber haben diese Gesetze den Gesichtspunkt der der Person zugefügten Gewalt übersehen und noch weniger läßt sich behaupten, daß die Germanen den offenen bei Tage verübten Diebstahl zum Raube gerechnet hätten[93]). Insbesondre kann man sich hier nicht auf die Bestimmungen der Rechtsbücher über den Holzdiebstahl berufen[94]). Dabei soll jedoch nicht geleugnet werden, daß die Rechtsbücher den mit besonderer Frechheit, sowie den an befriedeten Sachen verübten Diebstahl mit den Strafen des Raubes belegten und daher beide Verbrechen gleichstellten, wie wir dies noch häufiger in den Rechtsbüchern der späteren Zeit finden[95]).

Mit dem Verfall der königlichen Macht in Teutschland, namentlich zur Zeit der italienischen Kriegszüge, stellte sich die Nothwendigkeit eigener Hilfe gegen die vielfachen Räubereien und Gewaltthaten der Mächtigen, welche die Drohungen der ohnmächtigen Gerichte verlachten, wieder ein, und das Fehderecht erlangte sogar gesetzliche Geltung. Mit ihm steht die rechtliche Anschauung der damaligen Zeit über den Raub in enger Verbindung. So wie im Kriege die Plünderung des Feindes

---

92) So wenigstens in den Capitul. Saxon. cap. II. a. 813. c. 13. (Walter II. p. 263). Wigand, das Femgericht Westphalens S. 46.

93) Dies ist die Meinung Cropp's a. a. O. S. 11, welcher auch Dollmann S. 70 beitritt. Dagegen Schwarze, de crim. rap. p. 55, wo auch das Nöthige wegen den von Dollmann angezogenen Stellen des Sachsensp. (II, 39) und des schlesischen Landrechtes IV, 7, dist. 5 (Böhme, diplom. Beiträge IV) gesagt ist. Die erstere Stelle (wo es heißt: stilt erz des Tages) wird von Carpzov, Pract. rer. crim. Qu. 78. nr. 9. Qu. 83. nr. 22. gleichfalls vom Diebstahle verstanden. Ueberhaupt wurde der nächtliche Diebstahl als der gefährlichere härter bestraft wie der am Tage verübte. Rüprecht v. Freysing's Rechtsb. §. 109 (Westenrieder, Beiträge IV, S. 77), wo dies ganz richtig dadurch erklärt wird: „dasz ein igleich man seines guts des tags hüt sol haben." Ebendaselbst heißt es (§. 86): „Diupheit ist daz, ob ein dup nachtes oder tages in ein haus chümt" ꝛc., (§. 197): „Wer darobir stelt, tages odder nachtes, den sol man hengen." (Also die gewöhnliche Diebstahlsstrafe!) Vgl. noch Sachsenspiegel II, 13 und die Glosse zu diesem Artikel; Schwabenspiegel S. 206, 209.

94) Vgl. hierüber Schwarze p. 56 sq. not. 209. 210. Mit dem Schlagen des Holzes wird der Besitz erst erworben. Vgl. L. Ripuar.: 76. quia non est res possessa, sed de ligno agitur. Mit dem Schlagen ruft er den Eigenthümer. „Wann einer hauet, so ruft er, wann einer ladet, so wartet er, und bringt er es hinweg, so hat er es." Grimm, Rechtsalterth. S. 47, 514, 637. In Ruprecht's v. Freysing Rechtsb. §. 106 (Westenrieder IV, S. 76) heißt es hierbei: „daz is daromb gesetzt, daz er im mit erste schlag geruft hat." Das Eigenthum am Walde schloß noch nicht unbedingt Andere aus (Stieglitz, de iure venandi exerc. Sect. I. §. 2. Schmid l. c. p. 11. 13.) wohl aber wenn das Holz bereits von dem Waldeigenthümer gefällt war. Sachsensp. II, 28 (bei Zobel im Zusatze e heißt es noch: „dis darumb, daß daran des menschen fleiß und arbeit is gewandt gewesen").

95) Vgl. noch Roßhirt, Gesch. u. System des teutschen Strafr. Bd. II, S. 311, 324.

eine straflose Handlung ist, so waren es auch hier alle, bei Ausübung der Fehde dem Gegner zugefügten Gewaltthaten[96]). Allein deshalb war noch nicht jede Fehde zulässig, auch wenn die Absage vorausgegangen war[97]). Sie sollte an die Stelle der gerichtlichen Hilfe treten. Wo also keine Verletzung, zu deren Sühnung sie angerufen werden sollte, vorhanden oder gerichtliche Hilfe mit Sicherheit zu erwarten war, blieb die Fehde eine unerlaubte Handlung und mit ihr die Strafbarkeit der hierbei verübten Gewaltthaten, die frühere[98]). Daß der Mißbrauch des Fehderechtes diese Beschränkungen[99]) verachtete, ist richtig; allein hierdurch wird an der rechtlichen Natur des Fehderechtes und der Gewaltthaten nichts geändert[100]). Die Räubereien beunruhigten das Land und insbesondre ermannten sich zuvörderst die Städte, denen der Blutbann verliehen war, um diese Landplage zu unterdrücken[101]). Straßenraub (außer gerechter Fehde) wurde mit dem Tode[102]), ohne Ansehen der Person[103]), gestraft und als ein zur Fehme gehöriger

96) Datt, de pace publ. XIV. §. 1. In den Fehdebriefen wurde geradezu erklärt, daß man nur Raub und Brund und alle Gewaltthat, „es sy nom, brand oder todschlag“, anwenden werde, um den Anderen zur Genugthuung zu zwingen, Vgl. insbes. Datt l. c. §. 81 sq. Leyser, Med. ad. Pand. p. 809.

97) M. vgl. ganz besonders hier Wächter, im N. Archiv des Criminalr. Bd. XII, S. 357 flg. (gegen Eichhorn Bd. II, §. 379 u. A., welche meinen, daß jede Fehde für erlaubt erachtet worden, dafern nur die Absage vorausgegangen). Vgl. noch Datt, de pace publ. III. §. 24 sq. 33 sq. IV. §. 20. XV. §. 6 sq. Schwarze, de crim. rap. p. 57 sq.

98) Dies geht ganz klar aus dem Landfrieden d. J. 1235 Cap. IV hervor, welcher die Fehde bestimmt als ein Nothmittel, wo gerichtliche Hilfe nicht zu erlangen ist, bezeichnet. Diese Bestimmung ist in den Landfrieden von 1281, 1287, 1303 wiederholt und gleiche Bestimmung enthält der Reichsabschied vom J. 1442.

99) Hierher gehören auch die Bestimmungen über die Zeit der Absage, über den Gottesfrieden (die von der Fehde ausgenommenen Tage) und die befriedeten Personen. Vgl. noch Abegg, Untersuch. §. 60, S. 240. Wächter S. 365 in Verb. mit Datt, de pace publ. XVI. §. 45 sq.

100) Der Mangel der Absage galt für eine Ehrlosigkeit (vgl. libr.. feud. V. 10. Die goldne Bulle XVII, 2), weshalb man in den Fehdebrief die Clausel aufnahm: „Und will des meine ehre mit unserm offnen Brief gegen evch und die evwern bewahrt han.“ Datt XV. 14. 15.

101) Vgl. Datt, de pace publ. I. 1. §. 93. Malblank, Gesch. d. peinl. Halsgerichtsordnung S. 40. In Bezug auf das besondere Vorrecht von Nürnberg vgl. Karl's IV. Ordnung v. d. Beschirmung der Straßen v. J. 1347 (in Goldast's Sammlung Bd. II, S. 38.)

102) Der Landfrieden Friedrich's I. (libr. feud. II. 27.) verordnet die Bestrafung der latrones ex antiqua sententia „von alterherkommen“, d. i. die Strafe des Galgens, welche gewöhnlich gegen Friedbrecher verhangen wurde. Vgl. Dreyer, Nebenstunden S. 166.

103) So erzählt Otto v. Freysingen in s. Gesch. Friedrich's II., 25 daß er elf Adlige wegen Räubereien aufknüpfen lassen. Vgl. auch Datt l. c. V. 30. und ausdrücklich wird auf den Standesunterschied keine Rücksicht genommen in dem Ausschreiben Otto's IV. vom J. 1209 (Goldast II, 14).) Solche Friedbrecher waren auch nicht turnierfähig; vgl. die Turnierordnungen bei Goldast I, 4. III, 26.

Fall [104]) behandelt. Dies wird auch durch die Bestimmungen der einzelnen Rechtsbücher [105]) bestätigt [106]), welche die Todesstrafe über den Räuber verhängen [107]). Hier ist allenthalben von dem außer der gesetzmäßigen Fehde verübten Raube die Rede.

Als anfänglich durch die „Handfrieden" einzelner Städte und Corporationen sowie Reichsstände, später durch die allgemeinen Landfrieden das Fehderecht aufgehoben wurde [108]), fiel auch mit ihm die Ausnahme in Bezug auf die Straflosigkeit des Raubes hinweg [109]). Die Strafe der Friedbrecher traf nun jeden Räuber, der auf offener Straße [110]) des Reiches Frieden verletzt hatte [111]), und die Reichsgesetze schützten die Sicherheit der Straßen und des Verkehres auf denselben mit strengen Strafen [112]). Mit dem Raube wurde der große und wiederholte Diebstahl (beides unter dem Ausdrucke „gewaltige nom" [113]) und der Kirchendiebstahl [114]) (Kirchenraub) als Friedensbruch zusammengestellt [115]) und bei letzterem sowie bei dem Raube in der Regel keine Rücksicht auf den Betrag des Entwendeten genommen.

Bevor wir zur Carolina übergehen, wird noch ein Rückblick auf das kanonische Recht und die italienischen Juristen nothwendig. Das

---

104) Wigand a. a. O. S. 262 flg.

105) Vgl. Sachsenspiegel II, 43 (was Kress, ad art. C. C. C. 126. 1. 2. nicht richtig auffaßt), Schwabensp. 114 und Henke, Gesch. d. peinl. R. I, S. 273. Die Rechtlosigkeit traf solche Friedbrecher, die, wenn sie ergriffen wurden, mit dem Tode büßten. Vgl. Sachsensp. III, 72. III, 36 und die Glosse zu dems. Klotsch, das Verzellen (Dresden 1765) S. 12 flg.

106) Es ist daher ein Irrthum, wenn die älteren Rechtslehrer z. B. Leyser, Med. ad P. p. 809. med. 1. Böhmer, El. iur. crim. Sect. II. §. 144. Dorn, pract. Comm. §. 155, Erhard, Hdbch. §. 384, N. * sagen, daß unsere Altvordern den Raub für honestissima ac ars legitima erachtet hätten.

107) Die Bestimmung des Sachsenspiegels wird in vielen Stadtordnungen wiederholt. Leibnitz, script. rer. Brunsvic. III. p. 500. Henke, Gesch. I, S. 273.

108) Vgl. insbes. Wächter a. a. O. S. 366 flg.

109) Schwarze p. 66 sq.

110) Man unterscheidet zwischen heimlichem und offenem Raube. Ruprecht's Rechtsbuch II, Cap. 31—34.

111) Vgl. noch I. P. Alem. 191. §. 8 in Verb. mit cap. 163. §. 14. cap. 210. §. 3. Auch die processualische Behandlung des Straßenraubes war eine strengere. Schwarze p. 69 sq.

112) Datt l. c. I. c. 11. §. 46. c. 19. §. 28 sq. c. 27. §. 24.

113) Z. B. Tengler, Laienspiegel III, Fol. 119. Der fur famosus wurde latro gleichfalls genannt.

114) Sachsensp. II. 13. Schwabensp. 14. (ed. Berger). Bei dem Kirchendiebstahle wurde auch keineswegs ein Einsteigen oder Einbrechen vorausgesetzt, wie z. B. Berger, El. iuris pr. crim. p. 63. Oec. iur. ed. Winkler p. 627 und Andere annehmen. Die richtige Meinung wird schon von Carpzov, Pr. rer. crim. Qu. 89. n. 25 sq. vertheidigt.

115) Der dritte sowie der große Diebstahl wurde mit dem Galgen, der Räuber in der Regel mit dem Schwerte oder dem Rade gestraft. Vgl. Schwarze l. c. Daher in dem Art. 162 der Carolina die Gleichstellung des dritten Diebstahles mit einem „Vergewaltiger".

erstere, getreu seiner Grundansicht, droht Excommunication, wenn das Geraubte nicht ersetzt wird[116]), verweigert in schweren Fällen dem Räuber das Asyl in der Kirche[117]) und hebt den Kirchenraub besonders hervor[118]), während es nicht selten unter dem furtum jede widerrechtliche Anmaßung einer Sache, insbesondre auch den Raub, mit versteht[119]). Auch die italienischen Juristen[120]) schieden den gewöhnlichen Raub[121]) nicht streng vom Diebstahle, desto genauer aber den Straßenraub, welchen sie als latrocinium[122]) bezeichneten. Hier trat die Strafe der furca ein[123]). Die Consummation des Raubes fanden sie erst in der Aneignung der Sache[124]), nur daß sie nach dem Grundsatze in maleficiis atrocibus voluntas accipitur pro facto schon mit dem nächsten Versuche die Strafe für verwirkt ansahen.

Soviel nun die Carolina anlangt, so geht sie bei dem Verbrechen des Raubes zwar von der Berücksichtigung des teutschen Rechtes aus, ohne jedoch das römische Recht und dessen Begriffe auszuschließen, wie wir es auch bei anderen Verbrechen, insbesondre bei dem Diebstahle, sehen[125]). In Art. 126 wird bestimmt: „Item ein jeder boßhafftiger überwundner rauber soll nach vermög unser vorfarn und unserer gemeyner keyserlichen rechten mit dem schwert, oder wie an jedem ortt inn diesen Fällen mit gutter gewonheyt herkommen ist, doch am leben, gestrafft werden“[126]). Bekanntlich herrscht über die Bedeutung der

---

116) C. 1. 2. 3. X. IV. 17. C. 4. in VIto. I. 13. qu. 5. c. 4. qu. 6. c. 1. Caus. 14.

117) C. 6. Decr. III. 49. Wigand, Femgericht S. 66. Auch das Appellationsrecht Cap. 15, II, 18.

118) Qu. 4. c. 4. 5. II. 17.

119) Qu. 5. c. 13. II. 14. Diese Ansicht ging auch in manche teutsche Statute über.

120) Schwarze l. c. 74 sq. Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 353, N. 2. Eine sorgfältige Begriffserörterung findet man bekanntlich überhaupt nicht bei den italienischen Juristen.

121) Sie behandelten ihn nach der L. Iulia und in demselben Capitel wie den Diebstahl. Vgl. z. B. Bonifacius, de fur. latron. et robbator. Gandinus, de fur. et latron.

122) Der fur ter furatus galt dem latro gleich, Bartolus et Baldus ad Cod. VI. 1. c. 2. Auth. Clarus V. §. furt., und die Anwendung des L. 28. §. 15. D. (49. 19.) war daher nahegelegt. Hohbach, Beitr. z. Strafr. S. 284. Das furtum war delictum privatum, latrocinium dagegen del. publicum. Gandinus n. 3. Bonifac. 2. 26. Clarus, Quaest. V. §. furtum. nr. 1. Vgl. noch Dollmann, Entw. S. 81. Latrocinia sind die mit Todesstrafe bedrohten Fälle des Diebstahles und des Raubes.

123) Das lombardische Gesetz anerkannten sie ebensowenig, als die Constitution Friedrich's, weil sie die Todesstrafe nur beim wirklichen Friedensbruche anwenden wollten. Vgl. noch Hohbach S. 237 flg. Dollmann a. a. O. Aretin. 12. Gand. 2. 10. Bonifac. n. 3.

124) Quamvis oporteat quid perveniat ad actum ad hoc ut possint dici robbatores, Bonifac. l. c. nr. 1. in Verb. mit nr. 31.

125) Vgl. Dollmann S. 93 flg. und Wächter, Rechtsler. S. 389 flg.

126) Bamberg. Art. 151 bestimmt einfach die Schwertstrafe und übereinstimmend Brandenburg. Art. 153.

Worte „unsrer gemeyner keyserlichen rechten" viel Streit[127]), indem man nach Maßgabe derselben bald nur die auch in L. 28. §. 10. D. de poenis mit gleicher Strafe bedrohten Räuber[128]), bald mit Hinblick auf das Wort „boßhaftig" nur in besonders schweren Fällen, wohin die Fälle der angezogenen Stelle des römischen Rechtes mit zu rechnen, die Räuber mit der Todesstrafe bedroht erachtete[129]). Kaiser Karl wollte jedoch, wie jetzt ziemlich allgemein angenommen wird[130]), jeden Räuber — in Uebereinstimmung mit den Vorschriften der Carolina über den gefährlichen Diebstahl[131]) sowohl als mit den der Bambergensis Art. 151 — mit dem Tode bestraft wissen und bezog sich nur deshalb auf das römische Recht und die Verordnungen seiner Vorfahren (die Constitutionen über die Bewahrung des Landfriedens), um hierdurch den Unterschied des älteren teutschen Rechtes zwischen erlaubtem, in gerechter Fehde begangenen und unerlaubtem Raube, den das römische Recht nicht kannte und die Landfrieden aufhoben, unbedingt auszuschließen[132]). Dabei scheint man den Raub allerdings, wie auch die öfters vorkommenden Worte „raublich entwenden", andeuten, wie eine Unterart des Diebstahles angesehen zu haben[133]), so wenig auch eine solche Vermischung sich rechtfertigen läßt. Einer anderen Streitfrage begegnen wir hier in Bezug auf die Consummation, indem insbesondre von Roßhirt[134]) geltend gemacht worden ist, daß das teutsche Recht

127) Vgl. bes. Wächter, Lehrbuch Bd. II, S. 347 flg. in Verb. mit Grolmann, Bibl. f. d. peinl. RW. Bd. I, St. I, S. 96 flg. Konopack, im N. Archiv d. Criminalr. Bd. V, S. 147 flg. Hurlebusch, Beiträge rc. Heft I, S. 9 flg.

128) Z. B. Remus in s. Uebers. d. Art. 126. Stephani, ad art. 126 und späterhin Leyser, Med. ad P. p. 535. med. 23. p. 539. m. 6. Struben, rechtl. Bed. Th. I, Nr. 158. Meister, ius crim. §. 222. Dagegen besonders Grolmann a. a. O. S. 110 flg.

129) Dabelow, Lehrb. §. 183. Meister, Urth. u. Gutachten in peinl. Fällen S. 316 flg. Dagegen bes. Hurlebusch und Konopack an den angef. Stellen.

130) Vgl. Wächter a. a. O.

131) Vgl. noch Konopack a. a. O.

132) Vgl. noch Grolmann a. a. O.

133) Vgl. Harpprecht, in tract. crim. (1513) ad Tit. vi bon. rapt. p. 75. Damhouder, pr. rer. crim. CL. n. 6. CI. n. 8. CX. n. 10. Clasen, ad art. 126. Carpzov, Pr. rer. crim. XC. I. 51 sq. Brandt, Klagenspiegel I. Fol. 9 pr.

134) Lehrb. §. 133, S. 174. Ihm tritt Hepp, im N. Archive des Criminalr. Bd. XIV, S. 350 bei, welcher auch darauf sich beruft, daß für den Raub von den Teutschen ein besonderer Name robbaria gebildet worden sei. Dieses Argument wird zur Gnüge durch das, was andere Rechtslehrer (vgl. Carpzov XC. n. 7. Püttmann §. 481 ed. Biener) über diesen Ausdruck bemerken, widerlegt. Heil, iud. et defens. VI. §. 36 bezieht ihn auf den Straßenraub. Vgl. dagegen Pauli, diss. de rapina p. 17. Abegg, Lehrb. §. 375 deutet ihn als die Bezeichnung eines öffentlichen Verbrechens, was gleichfalls nicht bewiesen ist. Vgl. Clasen ad art. 126 und prolegom. III. 1. p. 121. Heffter, Lehrb. §. 329 will gleichfalls zwischen robbaria und rapina unterscheiden und

den Raub als eine Störung des öffentlichen Friedens auffasse und bei dieser nur die Anwendung der Gewalt entscheide, ohne daß darauf etwas ankomme, ob der Räuber den Zweck der Gewaltanwendung erreicht habe oder nicht. Allein dieser Ansicht kann man in Bezug auf das damalige Recht nicht beitreten[135]). Unter den Friedensbrüchen verstand dasselbe nus mehr lediglich die Privatfehde[136]) und die früher als Friedensbrüche bezeichneten Handlungen boten nichts Eigenthümliches mehr dar. Ueberhaupt aber läßt sich nicht behaupten, daß bei den Friedensbrüchen des älteren Rechtes der Gesichtspunkt der Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit allein maßgebend gewesen sei, vielmehr wurden hierher die schwereren gerechnet, insbesondre die, bei welchen theils Fehderecht, theils öffentliche Strafe zulässig war, und der Verletzte zur Annahme der Composition nicht gezwungen werden konnte[137]). Wir finden hier insbesondre solche Verbrechen, wo der Verbrecher besonderen Widerstand zu überwinden oder doch zu fürchten hatte (Tödtung, Verwundung, Nothzucht, Raub, gefährlicher Diebstahl[138]) rc.) oder wo besondere Gemeingefährlichkeit eintrat (Brandstiftung, Verkaufen des Korns über dem Preise, unbefugte Abgabenerhebung rc.); es traten hier schwerere Strafen, vorzüglich auch Erschwerungen in processualer Hinsicht ein. Das ältere Recht stellt überall Diebstahl und Raub zusammen[139]) und berücksichtigt bei dem letzteren die Wegnahme der Sache ausdrücklich[140]), was auch in der Carolina selbst wiederholt geschieht[141]). Die Stellung

---

bezieht sich hierbei auf Baldus ad Authent. Sed iure novo. Cod. (VI. 1.) const. 3. Allein Baldus stellt keinen solchen Unterschied auf. Nur soviel kann man zugeben, daß die älteren Juristen unter den robbatores vorzüglich die bewaffneten Wegelagerer verstanden haben. Vgl. Clasen ad art. 126. p. 399. Stephanus zu dems. Art. p. 155. Ueber die Etymologie des Wortes vgl. Wächter, Glossar. germanic. sub voce: roven.

135) Schwarze, de cr. rapinae p. 85 sq. 120 sq.

136) Wächter, im N. Arch. Bd. XII, S. 378 flg.

137) Grimm, Rechtsalterth. S. 656, 739. Rogge, Gerichtswesen der Germanen S. 21 flg.

138) Es ist möglich, daß man zunächst hierher nur die durch Einsteigen und Einbrechen verübten Diebstähle, wodurch die Wehre im ältesten Sinne des Wortes, die Befriedigung des Hauses (Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 137 (3. Ausg.), Th. I, S. 264 verletzt wird, rechnete. Allein jedenfalls war hier weder eine Vergewaltigung, noch eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorausgesetzt. Vgl. noch Datt, de pace publ. I. §. 85. Auch jetzt zeichnen wir die qualificirten Diebstähle aus, ohne an dem Thatbestande des Diebstahles selbst etwas zu ändern, trotz aller Berücksichtigung ihrer bes. Gefährlichkeit. Vgl. schon Carpzov, Pr. rer. crim. LXXIX. 4. 56 sq. Böhmer ad art. 126. CCC. §. 1.

139) Vgl. noch Schwabensp. 160 sq. Sachsensp. I. 64. II. 29. („alldieweil er es nie dieblich oder raublich aus jenes Gewehren brachte"). Kleinschrod, Abhandl. aus dem peinl. R. II, S. 74. Cropp S. 14 flg. Vgl. noch die Glosse zu I. P. Sax. III. 13. voc. „berauben".

140) Vgl. z. B. Sachsensp. I. art. 63.

141) „Raublich entwenden" Art. 207 flg., 212 flg. Es wird hier, in Uebereinstimmung mit der formalen Behandlung beider Verbrechen im römischen

des Raubes in der Carolina wird durch die Schwere der angedrohten Strafe, welche wieder in der Gewalt ihre Rechtfertigung findet[142]), genügend erklärt, ohne daß man deshalb eine Aenderung im Thatbestande selbst anzunehmen berechtigt ist[143]). Ebenso wird in Art. 119 der Carolina der Nothzüchter einem Räuber gleichgestellt, wodurch ebenfalls auf die Wegnahme der Sache als das Moment der Vollendung hingewiesen wird. Endlich wird sich nicht behaupten lassen, daß jeder Raub eine Störung des allgemeinen Landfriedens enthalte.

Die Praxis, welche nunmehr folgte[144]), beschäftigte sich hauptsächlich mit der Feststellung des Begriffes des latrocinii und der Beschränkung der Capitalstrafe. Soviel das latrocinium anlangt, so erklärte man[145]) es für das Verbrechen, quo quem latenter et furtim per vim spoliant et spoliis nequaquam contenti insuper occidunt und beurtheilte es nach Art. 137 C. C. C. („Straff der mörder und todtschläger") [146]), indem man den Thäter im Falle der Tödtung des Angegriffenen, selbst ohne Aneignung einer Sache[147]), mit dem Rade[148]) und beim nächsten Versuche mit dem Schwerte bestrafte, und ihn vorzugsweise mit dem Namen „Mörder"[149]) auszeichnete. Man behandelte fälschlich[150])

Rechte und insbes. bei den ital. Juristen, der Gattungsbegriff des „Entwenden" herausgehoben.

142) Birnbaum, im N. Arch. des Criminalr. Bd. XIII, S. 421.

143) Birnbaum a. a. O. S. 109.

144) Vgl. noch Roßhirt, Gesch. u. Syst. d. teutschen Strafr. §. 134 (Bd. I, S. 247).

145) Man bezog sich hierbei bes. auf röm. Gesetzstellen (s. oben) Damhouder, prax. rer. crim. c. 86. Carpzov qu. 22. n. 5. (obgleich letzterer beide Worte latroc. — rapina bisweilen vgl. qu. 90. n. 2. qu. 22. n. 2. vermischt gebraucht). Berger, El. iurispr. crim. I. §. 23. Böhmer, El. iur. cr. II. §. 151. 224. und ad Carol. art. 137, §. 15, 16. Man erforderte dabei, daß der Räuber gleich anfänglich die Absicht der Tödtung gehabt habe. Carpzov, qu. 90. n. 31. und decision. 197. 24. — Vgl. noch bes. über latro und fur famosus Herrmann, Comment. ad art. 159. C. C. C. (Kiel 1844). (Richter und Schneider, Krit. Jahrb. d. RW. Jahrg. IX, S. 844 flg.)

146) Damhouder 86. §. 1. Carpzov 22. n. 7.

147) Carpzov 22. n. 51. Püttmann §. 367. Unter lucrum verstanden sie jeden Vortheil (Püttmann §. 366. Böhmer §. 225). So Carpzov, wenn der Mord geschah, um die Wittwe zu heurathen, womit Böhmer ad art. 137. §. 16 übereinstimmt, oder wenn die Wittwe infolge der Bestechung der Erben ihres verstorbenen Mannes ihre Leibesfrucht abtreibt.

148) Das ist die Strafe der Tödtung ohne jeden Milderungsgrund.

149) Carpzov, qu. 22. n. 6 sq. Man bezog sich auf die Worte des Art. 130. C. C. C. „einem fürgesetzten Mörder gleich" und die Glosse zu dem Sachsenspiegel II. 13. verb.: „die einen Mann". „Etliche ermorden die Leute umb Geldes oder guts willen, und mit wohlbedachtem Muthe; dies sind rechte Mörder." Vgl. noch Carpzov, qu. 90. nr. 6. Ob nicht der Glossator bei den Worten „mit wohlbedachtem Muthe" die Ausdrücke in L. 11. §. 2. D. de poenis: latrones ex proposito delinquunt wiederzugeben beabsichtigt hat?

150) Noch jetzt wird in unseren Lehrbüchern gesagt: die Gewalt (bei dem Raube) dürfe nicht eine vorsätzliche Tödtung des Beraubten enthalten; denn sonst werde das Verbrechen ein Raubmord. Vgl. hierüber und dagegen

den Fall als ein besonderes Verbrechen[151]), da er doch nur die Concurrenz eines Raubes und einer Tödtung enthält, obschon auch gegenwärtig, wenn die concurrirende Tödtung nur als Todtschlag oder als Tödtung culpa dolo determinata sich darstellt, nicht auf die schwerere Strafe des Mordes und mithin gegenwärtig nicht auf die Todesstrafe erkannt werden kann, wenn man den Fall nicht besonders hervorheben und strafen will[152]). — Die in der Carolina angedrohte Strafe[153]) wurde auf den Straßenraub[154]) beschränkt, wogegen der einfache Raub, dafern nicht besonders schwere Gewalt angewendet worden war, sowie mit Ausnahme des Rückfalles, Staupenschlag mit Landesverweisung nach sich zog[155]). In der neueren Praxis ward die Todesstrafe auf die Fälle der Tödtung oder schweren Verwundung des Beraubten beschränkt[156]).

Fragen wir nun, wie nach der jetzigen Rechtsanschauung das Verbrechen des Raubes aufzufassen sei, so finden wir in ihm die mittels Gewalt gegen Personen und in gewinnsüchtiger Absicht ausgeführte widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache.

Es ist eine falsche, zu irrigen Consequenzen führende Auffassung, den Raub als ein aus dem Diebstahle und der Gewalt zusammengesetztes, doppeltes Verbrechen[157]) zu bezeichnen. Die Aneignung der fremden

---

Wächter, Lehrbuch §. 199, Anm. c, sowie Feuerbach und Mittermaier §. 350. Henke Bd. III, §. 164.

151) Vgl. noch Tittmann, Hdbch. §. 479 Ed. II. Carpzov, qu. 90. n. 6. beruft sich auf die Const. El. Saxon. 35. P. IV. v. J. 1572, wo aber richtig gesagt ist: „und wo zu solchem Raub an jemands eine Mordthat mit begangen". Vgl. noch die Consultat. Saxon. V. qu. 25. 34. (Ed. Mindan. II. p. 620 624).

152) S. noch unten.

153) Hinzugefügt wurde in schweren Fällen die Flechtung des Körpers auf das Rad. Vgl. Carpzov, qu. 90. n. 14. Böhmer, ad art. 126. §. 8. Leyser, Med. ad Pand. p. 809. m. 14. Mevius, ad ius Lubec. IV. 2. art. 1. §. 8.

154) Jedoch ohne Unterschied, ob der Raub bewaffnet ausgeführt wurde oder nicht. Carpzov, qu. 22. n. 4. qu. 90. n. 3. 4. 14. 78. Gärtner, instit. iur. crim. ad art. 126. §. 1.

155) Carpzov, qu. 90. n. 78. qu. 91. n. 7. 8. Jedoch blieben auch hier manche Praktiker bei dem Wortlaute des Gesetzes stehen und verwarfen diese Beschränkung auf den Straßenraub. Böhmer l. c. §. 8. 9. El. iur. crim. §. 148. Kress l. c. Carrach, Urth. u. Gutachten N. 17, S. 184. N. 19, S. 192. Meister, rechtl. Gutachten I, Cap. 5, §. 15 flg. Quistorp §. 402. Dorn, prakt. Commentar §. 155, 157.

156) Vgl. die neueren Lehrbücher. Partikulargesetze bestimmten jedoch schwerere Strafen vgl. z. B. das kurf. sächs. Mand. wider die Räuber von 1753.

157) Vgl. z. B. Henke, Hdbch. III, §. 164. Martin §. 303. Ed. II. Engav l. c. u. A. Ein zusammengesetztes Verbrechen können wir nur annehmen, wenn die Handlung in zwei verschiedene Thatumstände dergestalt zerlegt werden kann, daß jeder derselben an sich und ohne Rücksicht auf den anderen, selbstständig ein Verbrechen bildet. Scheidet man die Gewalt aus dem Raube

Sache ist beiden Verbrechen gemeinsam, aber nicht das Mittel zu derselben. In ihm liegt eine so wesentliche Verschiedenheit, daß eine Verwandtschaft beider Verbrechen nicht angenommen werden kann. Deshalb, weil einige Theile des Thatbestandes bei beiden Verbrechen dieselben sind, kann nicht aus diesen gleichsam eine neue Verbrechensart heraus construirt und so der Thatbestand, der doch ein Ganzes bildet, in einzelne, selbstständige Theile secirt werden. Will man dagegen für diese Aneignung, ohne Rücksicht auf das Mittel derselben, eine besondere Bezeichnung schaffen, so bietet hierzu das Wort „Entwendung" eine passende Hilfe, so daß man Entwendung ohne und Entwendung mit Gewalt unterscheiden könnte[158]).

Subject des Verbrechens kann jeder sein, der überhaupt zurechnungsfähig ist[159]). Es kann auch gegen jeden[160]), selbst gegen Kinder, ausgeübt werden. Ebenso kommt auf den Ort, wo dasselbe verübt worden ist, nichts weiter an[161]).

Die Sache muß eine fremde bewegliche sein. Die neue Praxis kennt keinen Raub an der eigenen Sache[162]). Die gewaltsame Wegnahme derselben kann Selbsthilfe oder auch Nöthigung (crimen vis), je nach der Richtung des dolus und des verfolgten Zweckes, sein. Glaubte der Wegnehmende irrthümlich, daß die Sache die seinige sei, so wird er gleichfalls wegen Selbsthilfe oder Nöthigung zu bestrafen sein[163]). Glaubte er, eine fremde Sache sich anzueignen, obschon es die seinige war, so kommen die Grundsätze von dem Irrthume dessen, der ein Verbrechen oder ein schwereres Verbrechen, als es der Fall ist, zu begehen glaubte, zur Anwendung. An einer unbeweglichen Sache wird kein Raub begangen[164]).

Die Gewalt muß gegen den Besitzer der Sache gerichtet sein. Gewalt gegen Dritte würde nur soweit zu beachten sein, als sie zugleich

---

aus, so bleibt in der That doch kein Diebstahl zurück. Der Raub ist weder eine Unterart des Diebstahles noch der Diebstahl eine solche des Raubes.

158) Vgl. noch Birnbaum, im N. Archiv des Criminalr. Bd. XIII, S. 97, 421.

159) Also auch Frauen, was früher geleugnet wurde. Koch, instit. iur. §. 242.

160) Früher nahm man die Israeliten (mit Bezug auf c. 6. Cod. de pagan. vgl. aber Böhmer, ad art. 126. C. C. C. §. 10.) und Verbannte (Aug. Aret. vest. cael. n. 3. Koch, Anfangsgr. d. peinl. R. §. 245. Vgl. noch Kress, ad art. 126. §. 5. not. 5.) aus, gegen welche straflos ein Raub verübt werden konnte. Vgl. noch Abegg, im N. Arch. d. Criminalr. Bd. IX, S. 627.

161) Böhmer l. c. Quistorp, Grundſ. §. 399. Dorn, prakt. Comment. §. 153 und alle Neueren.

162) Wächter, Lehrbuch §. 199. Bd. II, S. 344. Henke, Hdbch. III, §. 164, S. 147.

163) Vgl. noch Overbeck, Meditat. versch. Rechtsmat. Bd. I, N. 51, S. 363. Linde, in s. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. I, S. 423.

164) Die gewaltsame Besitzentsetzung wird in andere Verbrechen, z. B. Hausfriedensbruch und bei Verbindung Mehrerer in Landfriedensbruch übergehen.

eine Gewalt gegen den Besitzer enthält oder fortsetzt; z. B. Gewalt gegen die, welche dem bedrohten Besitzer zu Hilfe eilen [165]). Auch Gewalt gegen die nächsten Verwandten, wenn hierdurch der Besitzer in gerechte Furcht versetzt wird, wird, mit Rücksicht auf den affectus paternus, für genügend angesehen [166]), ebenso wie z. B. bei der Nothzucht [167]).

Die Gewalt kann eine physische und eine psychologische sein. Bei letzterer muß die sofortige Verwirklichung des angedrohten Uebels zu befürchten sein. Ist dieses nicht der Fall, so wird zwar noch nicht der Begriff der psychologischen Gewalt aufgehoben, da die erzeugte Furcht auch fortdauern kann, in Erwartung der künftigen Ausführung des angedrohten Uebels. Allein in diesem Falle liegt dann kein Raub [168]), sondern eine Erpressung vor [169]). Bei der körperlichen Gewalt ist Bewaffnung rc. nicht nothwendig [170]).

Es reicht solche Gewalt (durch körperliche Ueberwindung des Widerstandes oder durch Drohungen) hin, welche im Stande war, den körperlichen Widerstand des Anderen zu unterdrücken, oder ihn in eine gerechte Furcht vor Mißhandlungen zu versetzen. Sonach kann diese Gewalt, je nach der Individualität der Person und nach den Umständen des einzelnen Falles, eine sehr verschiedene und eine Gewalt in einem Falle eine gerechte Furcht erzeugen, die es in einem anderen Falle nicht ist [171]). Insbesondre muß hier die Lage des Bedrohten [172]) berücksichtigt und kann die Entscheidung nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Gefahr eine wirkliche oder nur eine vermuthete gewesen, dafern die Vermuthung nur auf guten Gründen beruhte [173]). Eine gerechte Furcht

---

165) Klien, Revis. d. L. v. Diebstahle S. 449. Abegg, Lehrb. §. 377. So in einem Falle, als die Räuber den Kutscher mit Gewalt zum Schweigen nöthigten und den Wagen, in welchem der Eigenthümer schlief, ausräumten.

166) L. 8. §. 3. D. (IV. 2.)

167) Wächter, Abhandl. a. d. Strafr. I, S. 281 flg.

168) Auch kein Versuch, wie irrig Tittmann §. 482, N. e annimmt.

169) Vgl. Schwarze, in d. Jahrb. f. sächs. Strafr. S. 222 flg.

170) In der Bewaffnung kann ein Qualificationsgrund liegen. Dann tritt die Frage wieder vor, ob der Räuber bewaffnet zur Stelle gekommen sein müsse oder ob es genüge, wie er am Orte der That sich bewaffnet habe. Gleiche Frage beim bewaffneten Diebstahle. Vgl. Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 337, N. 1. Nach römischem Rechte muß die Bewaffnung am Orte der That genügen (L. 3. §. 4. D. (43. 16.) in ipsa contrectatione arma sumserint). Der Gebrauch der Waffen aber ist nicht erforderlich (L. cit. §. 5). Vgl. noch v. Wächter, Rechtslexikon und Neue Jahrb. für sächs. Strafrecht Bd. II, S. 311 flg.

171) Vgl. noch L. 7. D. (4. 2.) L. 9. pr. eod. L. 27. §. 1. D. locati.

172) Et hoc ex affectu eius intelligitur. L. 3. D. (4. 6.)

173) Si causa fuisset, cur timeret periculum, quamvis periculum vere non fuisset. L. 27. §. 1. D. locati. So würde die Bedrohung mit einem Schießgewehre genügen, wenn gleich sich später finden sollte, daß es nicht geladen gewesen.

ist jedoch nothwendig, es genügt nicht jede Befürchtung[174]). Weiter reicht eine durch Thatsachen ausgedrückte, wenngleich nicht wörtlich ausgesprochene Drohung hin[175]), und es kann nicht verlangt werden, daß der Bedrohte einen Widerstand versucht habe, wenn dieser augenscheinlich nutzlos gewesen wäre. Die Drohung muß ferner die Gefährdung des Lebens, der Gesundheit oder eines sonstigen bedeutenden Gutes enthalten[176]). In der Regel wird eine Drohung für Leib oder Leben erfordert[177]). Diese Beschränkung, welche schon dem römischen Rechte nicht entspricht[178]), ist nicht zu rechtfertigen[179]); z. B. wird man in dem Falle, wenn der Angreifende die Ausantwortung verborgenen Geldes verlangt, unter der Drohung, daß er das Haus anzünden werde, und nun der Angreifende von anderen Genossen begleitet, der Angegriffene allein in dem Hause wohnhaft und dieses abgelegen von anderen Wohnungen ist[180]), wohl Raub annehmen können.

Als eine Vergewaltigung hat man es ferner bei der Nothzucht, nicht aber auch bei dem Raube angesehen, wenn der Thäter die andere Person vorher durch betäubende Getränke in einen Zustand der Willenlosigkeit versetzt hatte[181]). Allein der Begriff der Vergewaltigung kann nicht durch den Zweck der letzteren bestimmt und modificirt werden. Bei der Nothzucht wird die Erzwingung des Beischlafes, bei dem Raube die Erzwingung der Ueberlassung einer Sache beabsichtigt. Das Mittel aber ist bei beiden dasselbe. Dagegen sind wir der Meinung, daß in diesen Fällen überhaupt eine Vergewaltigung nicht vorliegt. Wir würden außerdem den Dieb, welcher den Eigenthümer einschließt und ihn dadurch verhindert, der Entwendung sich zu widersetzen, obschon er solches gewillt ist, ebenfalls als Räuber betrachten, zumal hier eine unmittelbare mechanische Verhinderung stattfindet[182]). Man mag bei

---

174) Sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse, sed huius rei disquisitio iudicis est. L. 3. D. (4. 6.)

175) Vgl. oben. — So wurde von den k. sächs. Spruchbehörden Raub angenommen, als mehrere mit Knütteln bewaffnete Männer auf einsamer Landstraße Abends eine Frau umstellt und ihr in barschem Tone ihr Geld abgefordert hatten.

176) Feuerbach, Lehrb. §. 355.

177) Vgl. die neueren Lehrbücher und Gesetzbücher.

178) L. 8. D. (4. 2.) (Baldus ad h. l.)

179) Böhmer ad Carpzov XC. obs. I. propositio mali maioris. Quistorp, Grunds. §. 399. (Ed. VI. Konopack Bd. II, S. 119) „Leib, Leben oder Gut". Grolman, Grundsätze §. 233 (Ed. IV. S. 247) „wichtigere Güter".

180) Bei der Nothzucht wird häufig eine unabwendbare gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, bei dem Raube nur eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben verlangt. Vgl. z. B. k. sächs. Criminalgesetzb. Art. 157, 163.

181) Wächter's angef. Abhandl. I, S. 284.

182) Ja, man könnte, wenn die List der Gewalt gleichstehen soll, den Fall herrechnen, wenn A und B im Complott eine Entwendung so ausführen, daß A den Eigenthümer durch List aus dem Hause lockt und inmittels B daselbst stiehlt. — Man sagt, daß nicht anzunehmen sei, daß das Mädchen sich freiwillig

der Nothzucht in Rücksicht auf das Gut, dessen die Frauensperson beraubt wird, und die besondere Niederträchtigkeit, welche sich bei dem Thäter zeigt, ihn mit derselben Strafe wie bei der Nothzucht belegen, aber eine Nothzucht im strengen Sinne des Wortes liegt ebensowenig wie ein Raub vor; — es fehlt die necessitas imposita voluntati alterius contraria [183]), die nur bei einem Widerstande, einem Widerspruche oder dann noch denkbar ist, wenn die Gewalt unmittelbar die Möglichkeit des Widerstandes beseitigte. Aus gleichen Gründen kann auch gegen einen Schlafenden kein Raub verübt werden [184]), selbst wenn der Thäter ihn, um seinen Widerstand im Falle des Erwachens unmöglich zu machen, gebunden haben sollte [185]).

Gewalt gegen Sachen reicht nicht hin. Die Grenzlinie wird nicht selten sehr fein sein. Die Abschneidung der von einem Anderen an einem Riemen getragenen Sache ist Diebstahl, da Gewalt gegen den Besitzer nicht angewendet wurde [186]). Zieht Jemand dem Anderen eine Sache, die er unter dem Arme trägt, rasch mit einem Zuge unter dem Arme weg, so ist Diebstahl vorhanden. Merkt der Träger die Absicht und leistet er insoweit Widerstand, daß er die Sache fest an die Brust andrückt, um die Wegnahme zu verhindern, so würde die Wegreißung der Sache, wenngleich noch so geringe Gewalt dazu erforderlich war und der Träger keinen körperlichen Schmerz erlitt, das Verbrechen des Raubes begründen [187]). Die Gesetzgebungen haben für

---

hingegeben haben würde. Wächter a. a. O. Abgesehen davon, daß dies nicht für alle Fälle angenommen werden kann, so kann dessen ungeachtet nicht gesagt werden, daß ihr Widerstand durch körperliche oder psychologische Gewalt gebrochen oder gleich anfänglich unmöglich gemacht worden sei.

183) Körperliche Gewalt ist jedenfalls hier nicht vorhanden (vis sine corporali vi locum non habet L. 1. §. 29. D. (43. 16.) und ebensowenig ein impetus. Böhmer, ad art. 136. §. 4. Es liegt nur eine fraus vor, welche das Gegentheil der vis ist. — Allerdings sprechen die Quellen auch von dem, qui contra fecit, quam prohiberetur, daß er Gewalt verübt habe (L. 1. §. 5. D. qu. vi aut clam). Allein abgesehen von L. 73. §. 2. D. de Reg. Jur., wird hier doch ein prohiberi gefordert. Schlägt der Räuber den Anderen sofort und ohne weiteres zu Boden, um ihn auszuplündern, so hat er durch physische Gewalt den Widerstand im voraus unterdrückt.

184) Böhmer ad art. 126. §. 13. Quistorp, Grundſ. §. 404, N. e.

185) Wie z. B. Henke III, S. 157 annimmt. Anders, wenn der Schlafende während der Entwendung aufwacht und nunmehr den Widerstand, den er entgegensetzen will, nicht bewirken kann. Ebenso, wenn Jemand eine Schlafende mißbraucht und diese hierbei erwacht. Vgl. Wächter, Lehrbuch §. 135, Anm. 21.

186) Klein, Grundſ. §. 455 u. Annal. Bd. IV, S. 42 flg. Kleinschrod, im N. Arch. des Criminalr. Bd. II, S. 536 flg. Hommel, Rhaps. obs. 138.

187) So haben die k. sächs. Spruchbehörden entschieden, als A dem B ein Hemde, C dem D ein Brod, das sie unter dem Arme trugen und bei dem Anverlangen des Anderen, es herzugeben, fest an sich drückten, entrissen. Vgl. noch N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. VIII, S. 341 und Bopp, Commentar zum großh. hess. Strafgesetzb. S. 149.

solche Fälle geringere Strafen angedroht[188]), obgleich auch diese zumeist noch nicht die erforderliche Freiheit für das richterliche Ermessen gewähren.

Der Zweck der Gewalt muß auf die Aneignung der Sache gerichtet sein. So ist es kein Raub, wenn A den B aus Rache körperlich verletzt oder wohl selbst tödtet und nun den Wehrlosen, gereizt durch dessen Zustand, ausplündert[189]).

Bei dem Räuber wird ferner eine gewinnsüchtige Absicht erfordert[190]). Wir verstehen hierunter jedoch auch den Fall, wenn der Räuber die Sache an sich nimmt, um sie zu zerstören. Wir erfordern sonach die Absicht der Aneignung; die letztere liegt in einer solchen Disposition, welche nur dem Eigenthümer zusteht. Der sog. gewaltsame Tausch[191]) ist jedenfalls ein Raub, ohne daß auf den sog. objectiven Werth beider Gegenstände etwas ankommt[192]).

Der Raub wird vollendet durch die Aneignung der Sache. Es ist Versuch, wenn der Räuber ohne Aneignung der Sache sich entfernt, oder nur eine ihm der Aneignung nicht werth scheinende Sache findet. Mehrere Gesetzgebungen sind von anderer Ansicht ausgegangen und erachten den Raub mit der Anwendung der Gewalt für vollendet[193]). Diese Ansicht ist nicht zu billigen und hat in der Praxis zu Inconvenienzen geführt[194]). Die Grenze zwischen Versuch und Vollendung wird verwischt und die Vollendung mit einer Handlung angenommen, welche nur als das Mittel zum Zwecke erscheint. Bei der Gewalt mittels Drohung läßt sich nicht einmal eher, als bis der Bedrohte in Folge der letzteren etwas gethan oder unterlassen hat, sagen, daß er durch die Bedrohung vergewaltigt worden sei. Auch im allgemeinen kann nicht behauptet werden, daß die Verbrechen der Gewalt bereits mit der Vergewaltigung des Angegriffenen vollendet werden. Wir nehmen die Nothzucht erst mit der Verletzung der weiblichen Ehre als vollendet an. Dagegen kann man nicht sagen, daß die Gewalt das Moment der Vermögensverletzung überwiege und daher letzteres nicht entscheide. Denn wie durch die Gewalt nur die schwerere Strafe gerechtfertigt wird, so verlangen wir bei der, dem Raube zunächst verwandten Erpressung

---

188) Vgl. z. B. k. sächs. Criminalgesetzb. Art. 164.

189) Dies nahm schon Brandt, Klagensp. I, Fol. R. 7, 2 an. Vgl. noch Henke III, §. 164, Anm. 12. Wächter, Lehrbuch II, §. 199, N. 10. Arnold, in den Blättern für Rechtsanw. für Bayern XIV, S. 209. Dagegen Stelzer, Lehrb. §. 649 und z. B. Bayer. Strafgesetzb. Art. 234.

190) Vgl. oben.

191) Surland, dissert. de permutat. violenta (§. 7). Vgl. Böhmer ad Carpzov. Qu. 91. obs. 1. Henke, Hdbch. III, §. 164. Wächter, Lehrb. §. 199, Anm. 10 d. Schwarze, de crim. rap. §. 31.

192) Vgl. aber Koch, instit. iur. crim. §. 243. Feuerbach, Lehrbuch §. 347.

193) Vgl. z. B. k. sächs. Criminalgesetzb. Art. 163.

194) Jahrb. f. sächs. Strafr. S. 220.

gleichfalls, daß der Bedrohte die von ihm geforderte Unterlassung oder Handlung bewirkt habe, um von einer vollendeten Erpressung sprechen zu können[195]). Eine ganz andere Frage ist es, ob man nicht in den Fällen, wo der Räuber dem Angegriffenen eine schwere Körperverletzung zugefügt oder ihn getödtet hat, wegen der Concurrenz dieser Verbrechen mit dem räuberischen Unternehmen, selbst dann, wenn der Verbrecher sich nichts angeeignet hat, eine erhöhte Strafe bestimmen will[196]). Diese Specialvorschrift, welche nur auf die schwersten Fälle der Gewalt sich bezieht und beziehen kann, führt jedoch nicht zu einer Aenderung des Begriffes und des Thatbestandes des Verbrechens, am wenigsten in den geringeren Fällen.

Wenn einzelne Gesetzgebungen hierbei nur in der Anwendung der Gewalt die Vollendung finden[197]), so treten die obigen Bedenken noch schroffer vor. Hier würde jeder Act der Gewalt hinreichen und jeder Schlag und jede Drohung bereits das vollendete Verbrechen bilden, und nicht einmal dafür eine genügende Gewißheit gegeben sein, ob die Gewalt zur Vergewaltigung des Angegriffenen hingereicht haben würde. Dieses Bedenken zeigt sich insbesondre bei der compulsiven Gewalt. Eine solche Annahme läßt sich auch bei der ausgedehnten Berücksichtigung der Gewalt nicht rechtfertigen[198]). Eine Verschiedenheit würde sich auch bei den schwereren Fällen (wo eine schwere Körperverletzung ꝛc. concurrirt) zeigen, bei denen eine Vergewaltigung des Angegriffenen schon durch die Vorschrift des Gesetzes selbst als Voraussetzung hingestellt wird.

Einer eigenthümlichen Ausdehnung des Begriffes und der Strafen des Raubes begegnen wir in mehreren neuen Gesetzgebungen[199]) in Bezug auf die Gewalt, welche von dem auf der That betroffenen Diebe zur Sicherung der (bereits) entwendeten Sachen angewendet wird. Wenn zur Consummation des Diebstahles die Wegtragung der Sache (die Ablationstheorie) für nöthig erachtet wird, so versteht sich von selbst, daß der begonnene Diebstahl durch die Gewalt, welche behufs der Vollendung desselben angewendet wird, in das Verbrechen des Raubes übergeht[200]). Wird jedoch die Apprehension für genügend erklärt, so kann der bereits vollendete Diebstahl nicht nachträglich noch zum Ver-

---

195) Ob bei der Erpressung der Thäter wirklich aus der abgenöthigten Handlung auf die Dauer die gewünschten Vermögensvortheile gezogen oder der Genöthigte sich die Rückgabe oder Ersatz durch gerichtliche Hilfe oder sonst verschafft habe, ist gleichgiltig. Dasselbe gilt bei dem Diebe und Räuber, welchem die Sache wieder abgenommen wird.

196) Vgl. noch Tittmann, Hdbch. §. 485.

197) Vgl. die k. sächs. Novelle v. 1840 zu dem Criminalgesetzb.

198) Jahrb. f. sächs. Strafr. S. 219 flg. Ein vollendeter Raub würde vorliegen, wenn A, von B räuberisch angefallen, den B sogleich zu Boden schlägt und unverfolgt seinen Weg fortsetzt.

199) Vgl. k. sächs. GB. Art. 163.

200) Vgl. jedoch Böhmer ad Carpzovii qu. 90. obs. 1.

brechen des Raubes sich umgestalten; vielmehr liegt dann eine Concurrenz von Diebstahl und Gewalt vor. Es mag in diesen Fällen eine erhöhte Strafe gerechtfertigt sein, nicht aber eine Gleichstellung mit dem Raube. Die Gewalt muß übrigens in den hier angenommenen Fällen zur Sicherung der Entwendung angewendet sein. Dagegen reicht die Gewalt nicht hin, welche der auf der That oder Flucht betroffene Dieb zur Rettung seiner Person, zur Abwehr der ihm drohenden Verhaftung anwendet. Die Gesetzgebungen zeichnen auch diesen Fall (mit Recht) aus [201]). Der Private, welcher den Dieb festhält, steht hier der Obrigkeit gleich, deren Befugnisse er in diesem Eilfalle ausübt. Es ist daher passend, solchen Dieb neben der Strafe des Diebstahles mit der Strafe der Widersetzung gegen die öffentliche Autorität zu belegen [202]). Auch hat sich jene Ausdehnung des Raubes auf die gedachten Fälle nicht bewährt, zumal nicht selten bei dem Mangel eines Geständnisses aus den Umständen des Falles sich nicht mit Sicherheit erkennen ließ [203]), ob die Gewalt zur Sicherung der Entwendung oder zur Abwehr der Verhaftung angewendet worden [204]), insbesondre wenn der Dieb die Sache in eine Tasche seiner Kleider eingesteckt gehabt, als er angefallen, und vielleicht nicht einmal im Stande ist, der Sache sich zu entäußern.

Das Verbrechen des Raubes unterscheidet sich von der (gewaltsamen) Selbsthilfe durch die Richtung des dolus und den bei jenem erforderlichen lucri animus [205]), — von der Erpressung, daß bei der letzteren Drohungen mit Rechtsnachtheilen (z. B. Denunciationen) oder zwar mit Nachtheilen für Leib und Gesundheit, sowie für Vermögen, jedoch mit solchen, welche nicht sofort in Vollzug gesetzt werden können und sollen (minae iuris und minae facti in diem dilatae) vorausgesetzt werden, sowie dadurch, daß der Raub nur auf die Aneignung von (bereits existenten) Sachen sich bezieht, während die Erpressung in Betreff jedes Vermögensvortheiles begangen werden kann [206]), welchen der Verbrecher bezweckt, wenngleich es auch eine Handlung oder Unterlassung des Verletzten ist, durch welche dieser Vortheil erst realisirt werden soll [207]). Es unter-

201) Vgl. k. sächs. GB. Art. 233.

202) Vgl. z. B. den neuen k. sächs. Entw. Art. 282.

203) Jahrb. f. sächs. Strafr. S. 75.

204) Der neue k. sächs. Entw. hat diese Ausdehnung wieder aufgegeben und die Vollendung des Raubes erst mit der Aneignung der Sache angenommen.

205) Vgl. noch Neue Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. I, H. 3, S. 38 flg.

206) Vermögensvortheil ist nothwendig. Bei anderen Vortheilen tritt das Verbrechen der Nöthigung (der Gewalt) ein. Vgl. noch Mittermaier. in den Hitzig-Demme'schen Annalen Bd. VIII, (1839) Abth. II, S. 224. Jahrb. f. sächs. Strafr. S. 55, 224. Dies stimmt auch mit dem gemeinen Rechte überein. Vgl. Mittermaier a. a. O.

207) Genau genommen, nöthigt auch der Räuber zu einer Handlung (Hingabe der Sache) oder Unterlassung (Nichtverhinderung der Wegnahme der Sache). Vgl. übrigens noch Cucumus, im N. Arch. d. Criminalr. (1834) S. 59.

scheidet sich daher der Raub von der Erpressung theils in Ansehung des Gegenstandes, auf welchen der Zweck des Verbrechens speciell gerichtet war, theils in Ansehung der Gewaltmittel[208]). In den Fällen, in welchen eine widerrechtliche Gewalt zur Erlangung eines rechtlich zuständigen Vortheiles[209]), oder zur Erlangung eines nicht zu beanspruchenden, aber unschätzbaren Vortheiles[210]) angewendet wird, liegt das allgemeine Verbrechen der Nöthigung vor[211]). Von selbst ergiebt sich der Unterschied unseres Verbrechens von dem bewaffneten Diebstahle. Der Dieb bewaffnet sich für einen eventuellen Fall und hat nicht die Absicht, die Sachen unbedingt mit Gewalt sich zuzueignen. Zumeist bewaffnet sich der Dieb, um im Falle der Entdeckung seine Person in Sicherheit zu bringen. Es ist allenthalben von Gewalt behufs der Aneignung einer Sache, wenigstens bei der Bewaffnung, nicht die Rede.

Die Strafe des Raubes ist nach der Schwere der angewendeten Gewalt abzustufen[212]). Der Betrag der angeeigneten Sachen bildet keinen Strafabstufungsgrund und daher auch der freiwillige Ersatz des Geraubten keinen Strafausschließungsgrund[213]). Auch möchte dem Betrage selbst bei Abmessung der Strafe innerhalb des Strafmaßes nur eine geringe Einwirkung gestattet werden[214]). Die günstige Gelegenheit kann die Strafe nicht mildern[215]). Die Verbindung Mehrerer, — die Ausführung bei Nacht, — mittels Einbruches, — vorherige[216])

---

208) Sachen (im eigentl. S. d. W.) können daher nur durch minae iuris oder facti in diem dilatae erpreßt werden, — andere Vermögensvortheile können überhaupt nur erpreßt, nicht aber geraubt werden, ohne Unterschied der Gewaltmittel. In den ersten Fällen (Erpressung von Sachen) hat man in der Regel nur die Diebstahlsstrafen angewendet, dagegen die Erpressung anderer Vermögensvortheile nur dann ebenso und mithin milder als den Raub behandelt, wenn die Erpressung nicht mittels einer gegenwärtigen Gefährdung des Leibes oder Lebens begangen wird, außerdem aber sie wie Raub bestraft. In allen Fällen muß der Vermögensvortheil ein solcher sein, auf welchen der Erpressende kein Recht hat. Außerdem tritt (bei der Widerrechtlichkeit des Mittels) das Verbrechen der Nöthigung ein. Vgl. noch Mittermaier a. a. O.

209) Z. B. A schlägt den B, um ihn zur Herausgabe eines widerrechtlich zurückbehaltenen Gegenstandes zu zwingen.

210) Z. B. A nöthigt die B, mit ihm zu concumbiren, durch die Drohung, ihren Vater oder sie selbst wegen eines verübten Diebstahles ꝛc. zu denunciren.

211) Das Verbrechen der Nöthigung ist übrigens zu weit ausgedehnt worden. Vgl. Schwarze, im N. Arch. d. Criminalr. (1853) S. 318.

212) Wir finden in den schwersten Fällen selbst Todesstrafe angedroht.

213) Vgl. noch L. 5. D. (47. 8.) Eine ziemlich constante Praxis hat diesen Satz (abweichend vom älteren Rechte; vgl. z. B. Schwabensp. 163. §. 2. 11. Ruprecht's Rechtsb. §. 72, 83) schon seit Carpzov (qu. 90. n. 55. u. iurispr. for. IV. 35. def. 4. §. 4 sq. def. 5.) festgehalten (vgl. noch Quistorp, Grundſ. §. 404. Tittmann §. 485.)

214) Vgl. jedoch Wächter, Lehrbuch a. a. O. u. Tittmann a. a. O., sowie würtemb. Strafgesetzb. Art. 312.

215) Quistorp, §. 404, nimmt wegen der Worte „boßhafftiger rauber" in Art. 126, C. C. C. das Gegentheil an. Vgl. jedoch Tittmann a. a. O. Hurlebusch a. a. O.

216) Vgl. oben.

Bewaffnung werden in der Regel in den neuen Gesetzen als besonders schwere Fälle mit erhöhten Strafen ausgezeichnet[217]). Bei der Verbindung Mehrerer treten in Bezug auf die rechtliche Beurtheilung der Einzelnen die allgemeinen Grundsätze über Miturheberschaft und Beihilfe ein. Zum Begriffe des Miturhebers wird hier wie überhaupt die Theilnahme am Gewinne nicht erfordert[218]); ebensowenig daß jeder selbst Hand angelegt habe[219]). Die Receptatores, welche im römischen Rechte bekanntlich ebenso wie die Urheber selbst gestraft wurden[220]), strafte die zeitherige Praxis arbiträr[221]), indem man die Höhe der Strafe zumeist hier von dem Betrage des gezogenen Gewinnes[222]), von der Gewerbmäßigkeit ꝛc. abhängen ließ.

Nach den obigen Ausführungen kann die Stellung des Raubes im Systeme, insbesondre im Gesetzbuche nicht zweifelhaft sein[223]). Wir können ihn ebensowenig mit dem Diebstahle zusammenstellen[224]), als den Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit[225]) anreihen[226]), noch zu den sog. gemischten Verbrechen[227]) rechnen. Das entscheidende Moment ist die Vergewaltigung des fremden Willens, welche wir

---

217) Vgl. z. B. k. sächs. Gesetzb. Art. 163. Auch das (bewaffnete) Auflauern (ein Fall des Versuches) wird bes. hervorgehoben. Vgl. z. B. würtemb. Strafgesetzb. Art. 313.

218) Vgl. dagegen Koch, inst. iur. crim. §. 247. Kress, ad art. C. C. C. 126. §. 5. Martini, iurispr. civ. et crim. ad §. 11. Inst. (IV. 1.) §. 2. Carrach, Erkenntn. u. Urtheile Nr. XVII, S. 187. Vgl. noch Krug, Studien z. d. k. sächs. Strafgesetzb. I, S. 64. II, S. 113.

219) Tittmann §. 482. Vgl. noch Hommel, de furto qualif. §. 25.

220) Wächter, Lehrb. §. 88, N. 78. Heffter, Lehrb. §. 520. Noch strenger, indem auch nicht der paternus affectus wie im röm. Rechte (L. 2. de receptat. Sander, Criminalarchiv Jahrg. 1838, S. 434) schätzte, war das altteutsche Recht. Vgl. Cropp, in Hudtwalker's und Trummer's Criminalbeiträgen Bd. II, S. 349 flg. Schwarze, de crim. rapinae p. 115.

221) Heffter a. a. O.

222) Mit Recht, da das Moment der Gewaltanwendung bei diesen, nur erst nach Vollendung des Verbrechens demselben sich gleichsam anschließenden Personen nicht in Betracht kommt, wie überhaupt die Begünstigung als ein selbstständiges Vergehen aufzufassen ist. Vgl. Sander a. a. O. u. Entw. d. k. sächs. Strafgesetzb. v. J. 1853 Art. 59.

223) Vgl. Wächter, Lehrbuch Bd. II, S. 266 flg. Birnbaum, im N. Archive d. Criminalr. Bd. XIII, S. 97 flg.

224) Das ist die Ansicht der Aelteren sowie mehrerer Neueren. Vgl. z. B. Dorn, prakt. Comm. §. 153. Wächter a. a. O. Günther, de furti notione p. 132. Tittmann §. 377. Feuerbach §. 310 flg. Heffter §. 485. Abegg §. 338, 376. Vgl. dagegen schon Böhmer, El. iur. crim. II. §. 144. 147.

225) Roßhirt, Lehrbuch S. 270 flg. Hepp, N. Archiv d. Criminalr. Bd. XIV, S. 351.

226) Mittermaier, über den neuesten Zustand ꝛc. S. 123 u. Stübel, im Anh. z. d. Schrift S. 11. Schwarze, de crim. rap. p. 118.

227) Martin, Lehrbuch §. 138. Mittermaier a. a. O. S. 119. Jarcke, Lehrb. II, S. 222.

auch in der Erpressung, in der Nothzucht erblicken und welche ihren allgemeinsten Ausdruck in dem Verbrechen der Gewalt (der Nöthigung) findet. Die specielle Richtung des Zweckes unterscheidet und trennt die einzelnen, hierher gehörigen Verbrechen, ohne diesen Grundcharakter aufzuheben. Wir stellen daher das Verbrechen des Raubes zu den Verbrechen wider die persönliche Freiheit[228]), im Vereine mit der Nothzucht[229]) und den übrigen, eine Willensnöthigung als Mittel zum Zwecke enthaltenden Verbrechen.

F. Schwarze.

Reallasten[1]). A. Verschiedene Ansichten darüber und Kritik derselben. Die Reallasten im allgemeinen betrachtet, scheinen auf den ersten Anblick zwei charakteristische Merkmale zu haben, welche, wenngleich aus ganz verschiedenartigen Bestandtheilen bestehend, doch vereinigt das Wesen derselben auszumachen scheinen. Das eine Merkmal, welches am meisten in die Augen fällt, ist die Verbindlichkeit einer Person zu einem Thun oder Geben, daher es den Charakter einer Obligation hat; das andere Merkmal besteht darin, daß diese Leistung immer an ein bestimmtes Grundstück gebunden ist und jedem Besitzer desselben obliegt, und scheint daher in den Kreis der dinglichen Rechte zu fallen. Diese zwei Bestandtheile des Institutes machen die Betrachtung seines Wesens aus zwei verschiedenen, einander ganz entgegengesetzten Gesichtspunkten möglich. Diese verschiedene Auffassung findet sich wirklich in den juristischen Schriften. Die verschiedenen einander widersprechenden Ansichten über das Wesen der Reallasten, welche darauf beruhen, daß man sich entweder das obligatorische, oder das dingliche Element als vorherrschend, oder beide auf eine eigenthümliche Art als verschmolzen dachte, können auf zwei Hauptansichten zurückgeführt werden, welche dadurch entstanden sind, daß man entweder auf das obligatorische oder auf das dingliche Element ausschließliches Gewicht gelegt hat. Die Einen nämlich halten das Thun und Geben für das Wesentliche und zählen das der Reallast gegenüberstehende Recht zu den

---

228) Vgl. k. sächs. Gesetzb. Art. 163.

229) Dieses Verbrechen wird daher nicht passend zu den Unzuchtsverbrechen gestellt.

1) Von den hierüber handelnden Schriften sind außer den Lehr- und Handbüchern des teutschen Privatrechtes zu erwähnen: Duncker, die Lehre von den Reallasten, Marburg 1837. Derselbe, über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich teutschen Rechte und den possessorischen Schutz derselben, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. II, S. 28—114. Derselbe, kann eine Reallast im heutigen Rechte durch Vertrag neu begründet werden? in derselben Zeitschr. Bd. XI, S. 450—491. Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten, Stuttgart 1846. J. Weiske, die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen, Leipzig 1850. Ueber ältere Schriften von Seuffert, das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht, Würzburg 1819. Schwarz, das Institut der Reallasten auf teutschen Bauergütern, Erlangen 1827. Seidensticker, diss. de oneribus realibus, quae vocantur, Gotting. 1830, fällt Duncker, Reallasten S. 3 ein sehr ungünstiges Urtheil.

Forderungsrechten, die Anderen finden in der Verfolgbarkeit dieses Rechtes gegen jeden Besitzer das Wesentliche der Reallast und zählen sie daher zu den dinglichen Rechten. Die Vertheidiger der einen oder anderen Hauptansicht stellen aber im einzelnen sehr verschiedene Meinungen auf. I. Bei denjenigen, welche das der Reallast gegenüberstehende Recht als ein dingliches Recht ansehen, finden sich wieder folgende verschiedene Auffassungsweisen. 1) Die Meisten sehen die Reallasten als eine Art der Prädialservituten an, als solche, welche im Thun bestehen, oder doch als ganz nach Analogie der Servituten zu behandelnde Verhältnisse; 2) nach Anderen ist das mit der Reallast beschwerte Grundstück das zunächst verpflichtete Subject, der jedesmalige Besitzer nur dessen Repräsentant; 3) nach einer anderen Ansicht ist die Reallast ein dem teutschen Rechte eigenthümliches ius in re, auf welches eine analogische Anwendung der dem römischen Rechte bekannten nicht stattfinden darf; 4) nach einer anderen Ansicht, welche den Uebergang zur zweiten Hauptmeinung macht, sind die Reallasten ein dingliches Recht, welchem eine Obligation zum Grunde liegt. II. Die Vertheidiger der zweiten Hauptmeinung, nach welcher das der Reallast gegenüberstehende Recht zu den Forderungsrechten gehört, denken sich den Uebergang der Verpflichtung auf jeden Besitzer 1) entweder als Folge einer mit der Forderung verbundenen Hypothek, 2) oder als Folge einer Haftung der Obligation auf dem Grundstücke in der Art, daß jeder Besitzer, seines Besitzes wegen, das verpflichtete Subject sei [2]. — Von diesen verschiedenen Ansichten ist die unter II. 1) aufgestellte die der älteren Juristen. Sie halten in den Reallasten das obligatorische Element für das Wesentliche und finden das dingliche blos in einer dem Berechtigten seiner Forderung halber an dem belasteten Grundstücke zustehenden Hypothek, sind aber wieder über den Grund dieser Hypothek verschiedener Meinung, indem Einige solche auf Vertrag, Andere auf Gesetz stützen. Die Annahme von vertragsmäßigen Hypothek wird auf die Absicht der Contrahenten gestützt, welche durch die Verweisung der constituirten Rente auf ein bestimmtes Grundstück erklärten, daß das Grundstück für die Rentenforderung verpfändet sein solle [3]. Eine römische Gesetzstelle, welche eine entgegenstehende Entscheidung enthält [4], soll, wie schon die Glosse sie erklärt, den Käufer des Grundstückes, auf welches die Rente angewiesen ist, nur für seine Person von der Verpflichtung der Bezahlung der Rente entbinden, über die Frage aber, ob das Grundstück verpfändet sei, nichts entscheiden. Die Annahme einer gesetzlichen Hypothek wird auf römische Gesetzstellen gegründet [5]. Be=

2) Duncker, Reallasten §. 2, S. 3—6.

3) Vgl. die bei Duncker a. a. O. §. 3, N. 3, S. 7 angeführten Schriftsteller.

4) L. 81. §. 1. D. (18. 1.)

5) L. 31. D. (20. 1.) L. 15. D. (20. 4.) L. 2. D. (34. 1.) Vgl. die Citate bei Duncker a. a. O. §. 3, N. 5, 6, 7, S. 7 flg.

sonders bei den französischen Juristen findet sich diese Ansicht von einem an dem Grundstücke wegen der Rente, welche auf dasselbe angewiesen ist, zustehenden Pfandrechte, und es werden von ihnen zu deren Begründung auch die alten coutumes angezogen [6]). Auch einzelne neuere Juristen theilen diese Ansicht [7]). Ueber die Unrichtigkeit derselben ist man jetzt im allgemeinen nicht mehr im Zweifel. Aus der Anweisung von Renten auf ein bestimmtes Grundstück folgt noch nicht die Absicht des Eigenthümers, dasselbe für die Rente verpfänden zu wollen, und die angeführte Erklärung der geradezu entgegenstehenden römischen Gesetzstelle ist zu gezwungen, als daß sie gebilligt werden könnte. Ebensowenig läßt sich eine gesetzliche Hypothek auf die dafür angeführten Gesetzstellen gründen [8]). Auch stehen die daraus, daß man wegen der jährlichen Gefälle eine Hypothek an dem belasteten Grundstücke annimmt, abgeleiteten Resultate im Widerspruche mit den Folgerungen, welche aus der Natur solcher Grundabgaben gezogen werden, wie selbst die Vertheidiger dieser Ansicht nicht in Abrede stellen [9]). Die französischen coutumes endlich, welche das mit einer Rente belastete Grundstück für dasselbe verpfändet ansehen, enthalten hier keine ursprüngliche Ansicht des germanischen Rechtes, indem das ältere germanische Recht überhaupt keine Hypotheken an Grundstücken, sondern als Pfandrecht daran nur die durch gerichtliche Auflassung entstehende Satzung, in der älteren Zeit mit Besitz und Genuß für den Gläubiger, in späterer Zeit ohne Besitz für den Gläubiger, jedoch mit Gewere für denselben, kennt [10]), sondern es haben die mit dem römischen Rechte vertrauten Sammler und Bearbeiter jener Gewohnheitsrechte die darin ausgesprochene Ansicht erst in dieselbe hineingetragen [11]). — Gleichzeitig mit der bisher erwähnten Ansicht entstand die unter I. 1) gedachte, welche die Reallast als eine Art der Prädialservituten oder als denselben analog betrachtet. Sie beruht auf dem entgegengesetzten Gesichtspunkte, indem das dingliche Element als die wesentliche Grundlage des Verhältnisses angesehen wird. Eine passende Analogie für diese Ansicht glaubte man in den Prädialservituten zu finden und stellte die Reallasten als im Thun bestehende Servituten hin. Diese Ansicht wird besonders in zwei academischen Abhandlungen vertheidigt, deren Verfasser auf verschiedenen Wegen zu demselben Resultate kommen [12]); sie war aber

6) S. die Citate bei Duncker a. a. O. §. 3, N. 8, 9, S. 8.

7) Unterholzner, ausf. Entwickel. der ges. Verjährungslehre Bd. II, §. 254.

8) S. die Ausführung bei Glück, Erl. der Pand. Bd. XIX, S. 58 flg.

9) S. die Beispiele bei Duncker a. a. O. S. 9.

10) Albrecht, Gewere §. 16, 17, S. 142—155.

11) Duncker a. a. O. S. 9—11 weist dies ausführlicher nach.

12) Titius, diss. de servitute faciendi, Lisp. 1710 (auch in desselben disput. iurid. varii argum. num. 11.) Reuter (praes. Gerhard) diss. de servitutibus in faciendo consistentibus, Jen. 1710. Die verschiedene Begründung derselben Ansicht beider Verfasser stellt kurz dar Duncker a. a. O. §. 5, S. 12—15.

früher schon vielfach vertheidigt worden [13]), wobei man sich zur Beseitigung des römischen Satzes, daß eine Servitut nicht im Thun bestehen könne, auf eine Erweiterung des Begriffes der Servitut durch teutsches Gewohnheitsrecht, wornach sie allerdings auch im Thun bestehen könne, berief [14]). Auch in die älteren Systeme des teutschen Rechtes ist diese Ansicht von den im Thun bestehenden Servituten übergegangen [15]). Eine andere neben dieser vorkommende Ansicht erklärt die

Titius geht davon aus, daß man nur der Kürze wegen ein Grundstück als herrschendes oder dienendes bezeichnen dürfe, indem genau genommen die Servitut sich nicht auf das Grundstück, sondern auf dessen Besitzer beziehe, und daher nicht das herrschende oder dienende Grundstück als berechtigt oder verpflichtet erscheine, sondern dessen Eigenthümer; weil dessen Verpflichtung aber eben nur auf dem Besitze dieses Grundstückes beruhe, so habe man das eigentlich nur von den Besitzern der Grundstücke Geltende auf die Grundstücke bezogen. Der von den römischen Juristen aufgestellte Satz, daß eine Servitut nicht im Thun bestehen könne, wird als eine der mehreren von denselben aus der spitzfindigen Voraussetzung, daß das Grundstück das verpflichtete oder berechtigte Subject sei, abgeleiteten falschen, dem praktischen Leben durchaus widerstreitenden Folgerung dargestellt; für die Möglichkeit, daß eine Servitut doch im Thun bestehen könne, das Beispiel der servitus oneris ferendi angeführt und dafür, daß nicht das dienende Grundstück, sondern dessen Besitzer das verpflichtete Subject sei, L. 15. D. (8. 1.) angezogen, wo die Servitut gerade auf die Person bezogen werde. Auch das Leiden und Nichtthun, welches von Seiten einer Sache ebenso unmöglich sei, als das Thun, beziehe sich nur auf den Besitzer, welcher daher auch zu einem Thun verpflichtet sein könne. Beispiele einer solchen in einem Thun bestehenden Servitut sollen die Bannrechte und die bäuerlichen Dienste sein. Gerhard hält ungeachtet des im römischen Rechte enthaltenen entgegenstehenden Satzes doch eine im Thun bestehende Servitut der allgemeinen Natur der Servituten nicht für widersprechend, indem nichts entgegenstehe, daß der Besitzer die Handlung im Namen des Grundstückes vornehme. Der Einwand gegen die Möglichkeit einer im Thun bestehenden Servitut, welcher davon entlehnt wird, daß der dritte Besitzer des Grundstückes durch einen Vertrag seines Vorgängers nicht verpflichtet werden könne, wird dadurch beseitigt, daß, da der Eigenthümer durch Vertrag oder Testament sein Grundstück frei veräußern könne, nicht einzusehen sei, weshalb er demselben nicht auch eine auf jeden Besitzer übergehende Last auflegen könne, indem wenn ein Dritter, sei es als Erbe, sei es als Käufer, das belastete Grundstück übernehme, was ja immer von seinem Willen abhänge, da er weder zum Erwerbe der Erbschaft, noch zum Kaufe gezwungen werden könne, er sich der darauf haftenden Last freiwillig unterzogen habe. Er sieht den Satz, daß eine Servitut nicht im Thun bestehe, für eine bloße Definition, nicht für eine gesetzliche Norm an und vindicirt sich, sowie jedem, dabei die Freiheit seiner Ansicht über das Wesen der Dinge. Auch er beruft sich auf das Beispiel der servitus oneris ferendi dafür, daß ein Thun nicht im Widerspruche mit dem Wesen der Servituten stehe. Als Arten der im Thun bestehenden Servituten zählt er auf die Frohndienste, einige polizeiliche Vorschriften des Sachsen- und Schwabenspiegels über das Befriedigen der Brunnen, das Zurechtmachen des Weges am Grundstücke her u. s. w. (Sächs. Landr. Bd. II, Art. 49, 51. Schwabensp. Cap. 233). Das Pferchrecht und einige andere bei einzelnen Schriftstellern erwähnte Rechtsverhältnisse. Siehe Duncker a. a. O. S. 15.

13) S. die Citate bei Duncker a. a. O. S. 15, N. 22.

14) S. die Citate bei Duncker ebd. N. 23.

15) So in Heineccius, elem. iur. Germ. T. 1. Lib. 2. Tit. 5. §. 131 sq.

Reallasten nicht geradezu für Servituten, welche im Thun bestehen, aber doch für ein nach Analogie der Servituten zu beurtheilendes Verhältniß[16]). Beide Ansichten unterscheiden sich nicht wesentlich, und letztere haben nur diejenigen Juristen als formelle Aushilfe gewählt, welche sich durch genauere Erforschung des römischen Rechtes von der Unmöglichkeit einer servitus in faciendo überzeugt hatten. Sie blieben bis zum Anfange dieses Jahrhundertes die herrschenden[17]). Die Praxis wurde durch die Zweifel, welche man gegen deren Richtigkeit hin und wieder erhob, um so weniger bewährt, als die Gegner der herrschenden Rechtsansicht sich darauf beschränkten, einzelne durch dieselbe unter diesen Begriff gestellte Verhältnisse nicht als im Thun bestehende Servituten anzuerkennen, keineswegs aber die durch das Herkommen geheiligte Grundidee selbst angriffen[18]). Erst in der neueren Zeit ist der Satz des römischen Rechtes, daß eine Servitut nicht im Thun bestehen könne, auch für das heutige Recht ein unzweifelhafter Grundsatz geworden[19]). Es können daher die von den älteren Juristen als servitutes

---

Schmidt, princ. iur. Germ. Lib. 2. Tit. 26. p. 503 sq. Salchow, elem. iur. Germ. §. 567 sq. S. Duncker a. a. O. S. 15 flg.

16) Sie ist bei Frantz, var. resol I. res. 2. n. 117 am deutlichsten dargestellt, wird auch von vielen älteren Juristen vertheidigt, wie von Böhmer, Ius eccl. Protest. Lib. 5. Tit. 19. §. 61 und von einzelnen Neueren in Schutz genommen, wie von Roßhirt, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VIII, S. 55. Siehe Duncker a. a. O. S. 16, 17.

17) Duncker a. a. O. S. 17, 18.

18) So hält Brunnemann, Comm. ad Pand. Lib. 8. Tit. 1. ad L. 8. n. 7 den Mühlenzwang für keine Servitut; Schilter, Exercit. ad Pand. L. 8. Tit. I. §. 4. 12. tritt dieser Ansicht bei, und bemerkt, daß nach römischem Rechte keine Servitut im Thun bestehen könne, giebt aber dennoch auf den Grund der Auctorität der Juristen und der teutschen Gewohnheiten das Dasein solcher Servituten zu; Cocceii, Ius controv. L. 8. T. 1. qu. 11. giebt zur Verfolgung der Bannrechte und bäuerlichen Dienste, welche er nicht als servitutes in faciendo gelten läßt, nicht die Confessorienklage, sondern eine persönliche Klage, ex pacto oder in factum; Runde, Grunds. des gem. teutsch. Privatr. §. 281 (Ausgabe von 1801) läßt, obwohl er die bäuerlichen Dienste und Abgaben von dem Begriffe der servitutes in faciendo ausscheidet und aus einem Bilateralcontracte do ut des vel facias ableitet, doch die Bannrechte noch als solche gelten; Danz, Hdbch. des heut. teutschen Privatr. Bd. II, §. 274 flg. erklärt sich für die Giltigkeit des römischen Satzes, daß eine Servitut nicht im Thun bestehen könne, noch im heutigen Rechte, und gegen irgend eine Gemeinsamkeit der von den Germanisten erdachten im Thun bestehenden Dienstbarkeiten mit den Servituten im richtigen Sinne; dies billigte auch Runde in den späteren Ausgaben. Vgl. Duncker a. a. O. S. 18, 19.

19) Namentlich durch Zachariä in Hugo, civil. Magaz. Bd. II, Nr. 15. Thibaut, Versuche Bd. I, Nr. 2. Schrader, civil. Abhandl. Abth. 2, Nr. 5. Sie weichen aber in der Begründung dieses Satzes von einander ab, indem Thibaut und Schrader ihn weniger aus der Natur der Servitut, als aus anderen Gründen erklären, Zachariä dagegen ihn aus dem Wesen der Servitut selbst ableitet, was er dadurch begründet, daß bei jeder Prädialservitut der verpflichtete Theil gleichfalls ein Grundstück sei, und daß bei einer im Thun bestehenden Servitut nicht das Grundstück, sondern der Eigenthümer für seine

in faciendo behandelten Verhältnisse nicht als solche aufgefaßt werden. Sie beruhen entweder auf polizeilichen Vorschriften, oder auf einer blos persönlichen Verpflichtung, oder man muß sie, wie das Pferchrecht, von dem Begriffe der Reallasten ganz ausscheiden [20]). — Sehr ähnlich der Ansicht, daß die Reallasten nach Analogie der Servituten zu behandeln seien, ist die unter I. 2) erwähnte, wornach das belastete Grundstück als verpflichtetes Subject und der Besitzer als dessen Repräsentant bezeichnet wird; eine Ansicht, welche besonders die französischen Juristen über das Wesen der rente foncière, im Gegensatze der rente seigneuriale, der gutsherrlichen, und der rente constituée, der durch den Rentenkauf entstandenen Rente, haben [21]), und welche auch neuerdings Vertheidiger gefunden hat [22]). — Gegen die unter I. 1) und II. 1) erwähnten Ansichten ließ sich die Ausstellung einer zu einseitigen Auffassung des Wesens der Reallast machen, indem dem einen Elemente, welches der Reallast zum Grunde liegt, ausschließliches Uebergewicht beigelegt und dadurch das andere seiner Selbstständigkeit beraubt wurde. Die neueren Juristen haben daher versucht, durch Verbindung beider Elemente die Extreme zu vermitteln und in dieser Vereinigung die Natur der Reallast zu erkennen. Ueber die Art dieser Verbindung sind die Ansichten sehr abweichend. Einige wiesen nämlich den Reallasten ihren Platz im Obligationenrechte an und betrachteten sie als dingliche Forderungsrechte [23]), eine Ansicht, welche von der unter II. 1) erwähnten durchaus verschieden ist, indem nach letzterer das der Reallast gegenüberstehende Recht als ein rein obligatorisches angesehen und dessen Geltendmachung gegen jeden Besitzer durch die von außen hinzukommende Hypothek vermittelt wird, während nach der die Reallasten als dingliche Forderungsrechte auffassenden Ansicht der Uebergang der Obligation auf jeden Besitzer zum Wesen derselben gehört [24]). Andere fassen die Reallasten als subjectiv-dingliche Rechte, im Gegensatze der dinglichen Rechte des römischen Rechtes, der objectiv-dinglichen Rechte auf, eine Terminologie, welche zuerst Runde zur Erklärung der Natur der

---

Person dienstbar sei. Diese Ansicht, welche die richtige ist, theilt auch Roßhirt, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VIII, S. 53, 54. Vgl. die kurze Darstellung der verschiedenen Begründung jenes Satzes bei Duncker a. a. O. S. 20—23.

20) Duncker a. a. O. S. 24 flg.

21) Duncker a. a. O. S. 26 flg.

22) Wie Vollgraff, im Arch. f. civil. Pr. Bd. IX. Beilageheft S. 194 vgl. mit S. 132 und Duncker selbst. Ersterer erkennt als wirkliche Reallasten nur die Deichlasten deichpflichtiger Grundstücke und die römischen Prädialservituten an.

23) So Mittermaier, im Lehrbuch des teutschen Privatr. von 1821 §. 325, v. 1824 §. 229 flg. u. Ortloff, Grundz. eines Systems des teutschen Privatr. Buch IV. In den neueren Ausgaben seines Lehrbuches weist dagegen von der dritten an Mittermaier den Reallasten ihren Platz unter den dinglichen Rechten an.

24) Duncker a. a. O. S. 28—31.

Leibzucht gebraucht[25]) und Eichhorn beibehalten und auf die Reallasten überhaupt angewendet hat[26]). Eichhorn weist den Reallasten ihren Platz in dem Rechte an Sachen an: er bezeichnet die Berechtigung und Verpflichtung bei diesen Verhältnissen im allgemeinen dahin, daß eine Forderung dabei die Natur eines auf einer oder auf beiden Seiten subjectiv-dinglichen Rechtes annimmt; die innere Bedeutung derselben sowie ihre Entstehungs- und Erlöschungsgründe würden aber zugleich dadurch bestimmt, daß in einigen Fällen dem Berechtigten auch an der Sache selbst, durch deren Besitz eine Person Subject der Verpflichtung wird, ein Recht zusteht, während dieses in anderen Fällen ganz fehlt. In den letzteren Fällen soll das Rechtsverhältniß durchaus die Natur der obligatio behalten und den Rechten an Sachen nur insofern analog sein, als es als subjectiv-dingliches Recht, wie eine Servitut gegen jeden, welcher die Sache besitzt, oder sich in einem diesem analogen Verhältnisse (Incolat, Subjection unter eine Jurisdiction u. s. w.) befindet, als eine Beschränkung der natürlichen Freiheit des Eigenthums geltend gemacht werden könne, worauf jedoch vornehmlich nur die Natur der Klage beruhe, wogegen eine Gleichstellung mit den Servituten in Ansehung der Entstehungsgründe daraus nicht herzuleiten sei. In den übrigen Fällen soll das Rechtsverhältniß zwar stets eine eigenthümliche Natur bekommen, je nachdem die in dem echten Eigenthum, dem Obereigenthum, oder dem Pfandrechte enthaltenen Befugnisse mit der Forderung verbunden sind; die Bedeutung, welche die Forderung dadurch annimmt, soll jedoch nicht blos nach dem Inhalte jener Befugnisse, sondern auch nach den besonderen Instituten, bei welchen jene Verbindung vorkommt, verschieden sein. Nach der Ansicht von Eichhorn ist demnach nicht blos das Recht auf die einzelnen fälligen Leistungen, sondern auch das Recht im ganzen ein rein obligatorisches, was auch daraus folgt, daß er die Uebertragung der Realberechtigung durch Cession für zulässig erklärt[27]). Von der vorher erwähnten Ansicht, welche die Reallasten als dingliche Forderungsrechte darstellt, unterscheidet sich die von Eichhorn nur darin, daß nach ersterer die Verpflichtung des Besitzers zu einem Leisten als Hauptsache betrachtet und den Reallasten daher ihr Platz im Obligationenrechte angewiesen wird, während nach letzterer der Uebergang der Verpflichtung auf jeden Besitzer der Sache als das Wesentliche betrachtet und deshalb die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung den dinglichen Rechten beigezählt wird[28]). Ebenfalls als Forderungsrechte, jedoch mit Verwerfung der Bezeichnung als subjectiv-dinglicher Rechte oder dinglicher Forderungsrechte, sieht die Reallasten Gerber an[29]); nach ihr

25) Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht Th. II, §. 26.
26) Eichhorn, Einleit. in das teutsche Privatr. §. 162.
27) Eichhorn a. a. O. §. 165.
28) Duncker a. a. O. S. 31—34.
29) Gerber, Syst. des teutsch. Privatr. §. 167, 168.

sind es Obligationen, welche durch die Anknüpfung an ein Grundstück perpetuirt und so in Rücksicht auf ihre Dauer den Rechten an Sachen gleichgestellt werden. Er geht davon aus, daß einer Obligation schon dadurch, daß sie nicht auf Erfüllung ihres gesammten Inhaltes, sondern auf kleine, die Obligation niemals erschöpfende Leistungen in bestimmten wiederkehrenden Fristen nach Bestimmung der Contrahenten gerichtet sein könne, eine außerordentliche Dauer verliehen werde, dies aber noch in einem ungleich höheren Grade geschehe, wenn in einem solchen Falle die Bestimmung des verpflichteten Subjectes durch die Thatsache des Besitzes eines bestimmten Grundstückes gegeben werden solle. Die der Reallast entsprechende Berechtigung soll hiernach ein wirkliches Forderungsrecht sein; die Verpflichtung des Schuldners in der Verbindlichkeit zu einzelnen in bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen, welche aber nicht der Inhalt selbstständiger einzelner Obligationen, sondern nur die fortgesetzten Einer Obligation seien, bestehen; das verpflichtete Subject wird bestimmt durch den Besitz des Grundstückes, an welches die Reallast geknüpft ist; das berechtigte Subject kann zwar ebenfalls durch den Besitz eines Grundstückes, Amtes, oder irgend einen anderen Zustand bestimmt werden; allein auch die Berechtigung eines bestimmten menschlichen Individuums ist zulässig. Die Reallasten können aber nicht als Forderungsrechte angesehen werden. Läge ihnen in der That eine Obligation zum Grunde, so müßten bei ihnen auch die von den Forderungen überhaupt geltenden Grundsätze angewendet werden. Dies ist aber nicht der Fall, vielmehr kommen in der Lehre von den Reallasten Sätze vor, welche mit dem, was bei den Obligationen anerkannten Rechtens ist, in directem Widerspruche stehen. In obligatorischen Verhältnissen findet kein Besitz statt; es können mithin weder die possessorischen Rechtsmittel darauf angewendet werden, noch ist der Erwerb eines Forderungsrechtes durch Verjährung möglich; dennoch geben diejenigen, welche eine Obligation als Grundlage der Reallasten ansehen, einstimmig einen Besitz des Rechtes der Reallast, eine iuris quasi possessio, zu. Wäre eine Obligation die Grundlage der Reallasten, so müßte zur Verfolgung des Rechtes eine persönliche Klage gegeben werden; allein man läßt statt derselben die actio confessoria utilis zu, eine Klage, welche gerade ein dingliches Recht voraussetzt[30]). Der Gerber'schen Begründung steht insbesondre folgendes entgegen: das römische Recht kennt zwar Obligationen, in deren Folge der Schuldner zu kleinen in bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen verpflichtet ist; aber keine perpetua obligatio. Jede Obligation wird mit der Absicht contrahirt, daß sie irgend einmal wieder ihr Ende nehme. Das ältere römische Recht war bei Stipulationen so streng, daß eine Stipu-

30) Nur Gerber a. a. O. §. 170 erklärt die Klage gegen das verpflichtete Subject, welches immer der juristische Besitzer der Sache sei, auf die fällige Leistung für eine persönliche.

lation jährlicher Leistungen weder auf die Erben des stipulator, noch auf die Erben des promissor überging; erst durch Justinian ist ein activer und passiver Uebergang auf die Erben möglich geworden[31]). Eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Obligation ist hiernach hinsichtlich ihrer Dauer jedenfalls doch einer Beschränkung unterworfen. Eine Verknüpfung einer Obligation mit dem Besitze eines bestimmten Grundstückes ist dem römischen Rechte ganz fremd und wenn auch nach diesem es Obligationen giebt, bei denen das Subject der Verbindlichkeit durch den Sachenbesitz bestimmt wird[32]), so ist doch die Obligation keine ewig dauernde. Nach der geschichtlichen Entstehung der Reallasten erscheinen dieselben immer als Ausflüsse einer Herrschaft über ein Grundstück und haben einen vorherrschend realen Charakter, der bei der Uebereinstimmung der Doctrin und Praxis in der Zulässigkeit des Quasibesitzes und dinglicher Klagen nicht verkannt werden kann. Daß im teutschen Rechte jener Grundsatz des römischen Rechtes abgeändert sei, ist nicht erweislich; denn selbst beim Rentenkaufe ist die Ablösbarkeit der gekauften Rente die Regel, und bei den übrigen Reallasten erklärt sich deren ewige Dauer natürlicher durch die Betrachtung des Grundstückes als verpflichteten Subjectes. Wächter betrachtet die Reallasten als einen Gegensatz zu den rein dinglichen und zu den rein persönlichen Rechten, trennt sie im Systeme von beiden und weist ihnen als einem dritten gemischten Rechte ihren Platz nach denselben in einem besonderen Abschnitte an[33]). — Mehrere Germanisten stellen die unter I. 3) erwähnte Ansicht auf, wornach die Reallast ein dem teutschen Rechte eigenthümliches ius in re ist. Zuerst hat Albrecht[34]) auf die Nothwendigkeit, das Wesen der Reallasten aus den älteren teutschen Rechtsquellen zu entwickeln, aufmerksam gemacht und selbst den Versuch einer solchen Entwickelung gemacht. Er nimmt für das ältere teutsche Recht nur das Dasein solcher privatrechtlichen Reallasten an, bei welchen dem Berechtigten zugleich auch eine Gewere an der Sache selbst zugestanden habe, die Reallast also Pertinenz eines anderen dinglichen Rechtes gewesen sei. Nach ihm[35]) enthält jedes Verhältniß zwischen Gutsherrn und Hintersassen zwei Bestandtheile, ein dingliches Element, das Recht des Herrn und des Hintersassen am Grundstücke, und ein persönliches, dessen Gegenstand ein Thun und Leisten ist, wohin namentlich die Rechte und Verpflichtungen in Bezug auf Zinsen und Dienste gehören; beide Elemente sind nicht als verschiedenartige Bestandtheile des Verhältnisses, sondern das erste ist juristisch als gleichartig mit dem zweiten zu betrachten, und beide bilden nicht blos durch

31) L. 13. C. de contrah. et committ. stipul. (VIII. 37.) (38.))
32) Wächter, Erörterungen Heft I, S. 110 flg.
33) Wächter a. a. O. S. 121.
34) Albrecht, Gewere §. 18.
35) Albrecht a. a. O. S. 165 flg.

Untrennbarkeit, sondern auch durch juristische Gleichartigkeit ein Ganzes; das Recht auf ein Thun und Leisten kann zwar, seiner Natur nach, niemals ein Recht an einer Sache im eigentlichen Sinne werden, wohl aber läßt es sich als Pertinenz eines solchen Rechtes denken und dann, wie dieses selbst, juristisch behandeln, und als ein Theil desselben ansehen, und so muß man sich die Reallast denken; einerseits ist nämlich das Recht des Gutsherrn auf Zinsen und Dienste als Pertinenz seiner Proprietät (Gewere), andererseits die Verpflichtung zu jenen Leistungen als Pertinenz des Rechtes der Hintersassen an dem Grundstücke (Gewere) anzusehen; es bedarf daher zur Sicherung des Anspruches des Gutsherrn auf Zinsen und Dienste gegen jeden dritten Besitzer, neben der Entstehung des dinglichen Verhältnisses, nicht noch der besonderen Begründung eines obligatorischen Verhältnisses mit jedem Einzelnen; die Gewere ist es, welche geradezu verpflichtet und berechtigt, und wie diese sich gegen jeden Dritten geltend macht, so auch das Recht auf jene Leistungen. Selbstständige Reallasten, d. h. solche, mit welchen für den Berechtigten keine Proprietätsrechte an der belasteten Sache verbunden, sind nach Albrecht[36]) nur die, welche man staatsrechtliche im weiteren Sinne nennen kann, d. h. diejenigen, wo dem Staate, der Gemeinde, der Kirche die Berechtigung zusteht, wohin die Beden, die Landfolge, die Zehnten gehören. Als erste selbstständige privatrechtliche Reallast betrachtet er die durch den Rentenkauf begründete, nachdem das dingliche Element des Verhältnisses zwischen dem Rentenkäufer und Käufer statt, wie früher, dem gutsherrlichen Verhältnisse nachgebildet zu werden, den Charakter der neueren Satzung angenommen habe[37]). Er hält es nach dem Geiste des teutschen Rechtes für angemessen, auch den später entstandenen selbstständigen Reallasten den Charakter einer rechten Gewere beizulegen, und will deshalb denselben im heutigen Rechtssysteme unter den dinglichen Rechten ihre Stelle angewiesen wissen[38]). Seiner Ansicht sind einige Andere gefolgt[39]). Sie ist, vorzüglich von Duncker[40]), ausführlich beleuchtet worden. Albrecht geht von dem Gesichtspunkte aus, daß der Rentenkauf dem gutsherrlichen Verhältniß nachgebildet sei, daß mithin dem Rentenkäufer an dem mit der Rente belasteten Grundstücke selbst eine Gewere zugestanden habe, gleichwie dem Gutsherrn an dem Grundstücke, welches er gegen einen Zins an einen Hintersassen ausgethan hat[41]). Er findet den

36) Albrecht a. a. O. S. 184.
37) Albrecht a. a. O. S. 177.
38) Albrecht a. a. O. S. 186.
39) So Phillips, Grundſ. des gem. teutschen Privatr. (1846) §. 117. Mittermaier, in der 4. Ausgabe seines Lehrbuches. Die Ansicht von Maurenbrecher, Lehrbuch des heut. gem. teutschen Privatr. §. 249, 250 kommt dieser am nächsten.
40) Duncker a. a. O. S. 43—54.
41) Albrecht, Gewere S. 157 flg.

Beweis dafür darin, daß das Recht des Rentenkäufers in den am meisten charakteristischen Beziehungen dem Rechte des Gutsherrn, welcher ein Grundstück an einen Hintersassen unter der Verpflichtung, einen Zins zu entrichten, verliehen hat, ganz gleich behandelt wird[42]); neben dieser Gewere an der Sache selbst, habe der Rentenkäufer auch eine Gewere am Zinse gehabt, man habe sich daher das Recht auf den Zins mit dem Rechte an der Sache selbst zu einem gleichartigen Ganzen mit dem Charakter einer Gewere verwebt gedacht. Albrecht schließt nun hiervon auf das gutsherrliche Verhältniß wieder zurück und nimmt, weil eine Verbindung der Gewere an der Sache selbst mit der Gewere am Zinse beim Rentenkaufe vorkomme, dieser aber nur eine Art des gutsherrlichen Verhältnisses sei, das Dasein dieser Verbindung auch bei der ganzen Gattung an. Dagegen hält Duncker, wenn es gleich oft vorgekommen sein möge, daß die Rentengläubiger mit Rücksicht auf den Umstand, daß ihnen mehrere auch dem Gutsherrn zustehende Rechte zustanden, auch die übrigen mit der Gutsherrschaft regelmäßig verbundenen Rechte beansprucht haben und bisweilen mit diesen Ansprüchen durchgedrungen sind[43]), die Annahme, daß der Rentenkauf eine Nachbildung des gutsherrlichen Verhältnisses sei, als Regel unzulässig. Den Einwand, welchen sich Albrecht selbst[44]) gegen den zum Beweise der inneren Gleichartigkeit von ihm angeführten Grund, daß das ältere Recht im Gebiete des Privatrechtes überhaupt nur solche Reallasten gekannt habe, bei welchen dem Berechtigten zugleich auch eine Gewere an der Sache selbst zugestanden habe, macht und welcher darin besteht, daß auf vielen heutzutage als volles Eigenthum des Besitzers betrachteten Bauerngütern von alten Zeiten her Zinsen ruhten, deren staatsrechtlicher Ursprung nicht anzunehmen sei, wo also der Zinsberechtigte eine Gewere an der Sache selbst nicht gehabt zu haben scheine, findet Duncker nicht durch dessen Behauptung widerlegt, daß das an diesen Gütern früher in der That zustehende Obereigenthum im 15. und 16. Jahrhunderte in Vergessenheit gerathen sei, weil dem Besitzer von jeher ein sehr ausgedehntes Recht, namentlich hinsichtlich der Veräußerung und Vererbung zugestanden und man daher diese Güter nach Analogie des Eigenthums behandelt habe. Er findet die Voraussetzung, von welcher bei dieser Argumentation ausgegangen wird, nämlich, daß alle Bauerngüter von jeher im gutsherrlichen Verbande gestanden hätten, unrichtig

---

42) Vgl. darüber Albrecht a. a. O. S. 159 flg. Zu den Fällen der gleichen Behandlung gehört auch das bei dem Verkaufe eines mit einer Rente belasteten Grundstückes dem Rentengläubiger zu entrichtende Laudemium, sowie das auch beim Rentenkauf mitunter verabredete Mortuarium. Vgl. Duncker, a. a. O. N. 38, S. 43, 44.

43) Deshalb wurde beim Rentenkaufe öfters ausdrücklich hervorgehoben, daß der Käufer außer dem Rechte auf die Rente kein weiteres haben solle. Siehe die Beweise dafür bei Duncker a. a. O. N. 39, S. 45.

44) Gewere S. 183 flg.

und bemerkt mit Recht, daß vielmehr ein großer Theil der Bauerngüter sich vom Hofsverbande frei erhielt und der Besitzer, welcher immer das volle Eigenthum hatte, nur an einen Schutzherrn gewisse Abgaben entrichtete, das Verhältniß zum Schutzherrn aber in den meisten Fällen in das Gebiet des Privatrechtes gehörte. Gegen die speciellen Beweise der Behauptung Albrecht's, daß der Rentenkäufer auch eine Gewere an der mit der Rente belasteten Sache selbst gehabt habe, die Gewere zu echtem Eigenthum, oder Gewere zu Satzungsrecht, oder Gewere zu Leibgeding oder Leibzucht sein könne, wird von Duncker ausgeführt, daß der Rentenkäufer immer nur eine Gewere am Zins, nicht auch an der damit belasteten Sache hatte. Die Begründung der Gewere durch Vertrag setzt nämlich gerichtliche Auflassung des Gegenstandes voraus, an welchem die Gewere gegeben werden soll; bei Abschließung des Rentenkaufes ist aber immer nur von Auflassung des Zinses die Rede[45]); es kann also, da die Sache selbst nicht zugleich auch aufgelassen wird, der Rentenkäufer auch an der Sache keine Gewere erlangen. Aus der Gewere am Zinse folgt aber nicht die Gewere an der damit belasteten Sache selbst, und beide Arten der Gewere werden auch in den Rechtsquellen deutlich genug unterschieden, so daß sie nicht verwechselt werden können[46]). Weiter zeigt Duncker, daß dem Rentenkäufer die Gewere an der Sache ebenso nutzlos sei, als dem Gutsherrn die Gewere am Zinse[47]). Er stellt nun, da die verschiedene Natur des gutsherrlichen und des durch den Rentenkauf begründeten Verhältnisses eine Zusammenstellung beider und eine Uebertragung der Eigenthümlichkeiten des einen auf das andere verbiete, folgendes Resultat auf. Im gutsherrlichen Verhältnisse hat der Gutsherr an dem Grundstücke die Eigenthumsgewere, der Hintersasse aber die Gewere nach Hofrecht; das Recht des Gutsherrn auf die Leistungen und die Verbindlichkeit des Hintersassen ist nicht eine Pertinenz der Gewere am Grundstücke, sondern beruht auf einem obligatorischen Nexus. Eine gegenseitige Beziehung zwischen dem Rechte am Grundstücke (Gewere) und dem auf die Leistungen findet nur insofern statt, als die Einräumung der Gewere nach Hofrecht die Veranlassung giebt zu dem Versprechen von Seiten des Hofsmannes, für das ihm verliehene Gut bestimmte Leistungen vorzunehmen. In dem durch den Rentenkauf begründeten Verhältnisse hingegen behält der Verkäufer das ihm an dem Grundstücke selbst zustehende Recht, auf den Käufer geht nur die Gewere am Zinse über[48]). Später hat Albrecht zwar die Ansicht, die gekaufte Rente sei ursprünglich nichts als eine gutsherrliche Reallast, zurückgenommen, aber dabei, daß mit dem Rentenrechte eine Gewere am Grundstücke selbst (Ober-

---

45) S. die Beweise dafür bei Duncker a. a. O. S. 71.
46) S. das von Duncker a. a. O. S. 49, N. 62 citirte Schöffenurtheil in Böhme, diplom. Beitr. Bd. II, Th. VI, S. 114.
47) Duncker a. a. O. S. 49, 50.
48) Duncker a. a. O. S. 53 flg.

eigenthum) verbunden gewesen sei, beharrt[49]). Die Ansicht von Duncker selbst ist die unter I. 2) angedeutete, nach welcher eine Reallast die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache ist, wodurch dieselbe als Subject einer zum Besten einer Person oder eines Grundstückes vorzunehmenden Leistung erscheint, mithin die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung das einer Person oder einem Grundstücke zustehende dingliche Recht ist, welches die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache zu einer Leistung zum Gegenstande hat[50]). Diese Ansicht wird darauf begründet, daß die Rentberechtigung im älteren Rechte entschieden den dinglichen Rechten beigezählt werde, wie sich daraus ergebe, daß sie als eine unbewegliche Sache angesehen und mit anderen Rechten an Immobilien fortwährend zusammengestellt und nach gleichen Grundsätzen mit denselben behandelt werde. Diese Gleichstellung des Rentrechtes mit anderen Rechten an Immobilien zeigt sich nach Duncker, welcher auch Partikularrechte und Urkunden zum Beweise anführt, in folgenden Stücken: 1) das in den Stadtrechten oft wiederkehrende Verbot der Veräußerung von Grundstücken an Fremde bezieht sich auch auf die Bestellung und Veräußerung der Grundrenten; 2) die Verträge über Renten müssen stets vor Gericht abgeschlossen werden, und zwar in der bei Veräußerung des Grundeigenthumes üblichen Form; 3) zur letztwilligen Verfügung über Renten wird Körperkraft des Verfügenden erfordert; 4) das Recht auf jährliche Renten befreit von Cautionsleistung; 5) zum Verkaufe einer Rente ist die Einwilligung der nächsten Erben erforderlich, und zwar sowohl dann, wenn der Eigenthümer eine Rente auf seinem Grundstücke bestellt, als wenn der Rentengläubiger sein Rentrecht veräußern will; die Einsprache der Erben war, wie bei liegenden Gründen, an die Frist von Jahr und Tag gebunden, und wurde bei einer aus echter Noth geschehenen Veräußerung nicht beachtet; 6) das Rentrecht wurde als ein lehensfähiges Object angesehen; 7) es war dem Retracte des Eigenthümers der belasteten Sache unterworfen, wenn der Rentberechtigte seine Rente verkaufen wollte; 8) das bei dem Verkaufe von Immobilien herkömmliche Versprechen der Gewährleistung war bei dem Verkaufe des Rentrechtes ebenfalls üblich[51]). Duncker begründet seine Ansicht vom Wesen des der Reallast gegenüberstehenden Rechtes durch Darstellung der einzelnen hierher gehörigen Beziehungen des Rechtes des Käufers von Renten aus einem Grundstücke; er betrachtet nämlich diese Rente, wenn sie auch nicht das älteste Beispiel einer Reallast abgiebt, als Normaltypus, weil diese Art der Reallasten in den Rechtsquellen weit vollständiger, als irgend eine andere behandelt worden ist. Er charakterisirt nun dieses Recht des Rentenkäufers, mit Berufung auf Partikularrechte und Urkunden, auf folgende

49) Albrecht in Richter, kritische Jahrbücher für teutsche RW. (1839) S. 313.
50) Duncker a. a. O. S. 61.
51) Duncker a. a. O. S. 64 flg.

Weise: 1) dem Gläubiger wurde, um ihm Sicherheit zu gewähren, eine Rente aus einem Grundstücke für das dargeliehene Geld in der Form der gerichtlichen Auflassung verkauft; durch diese Form des Geschäftes erlangte der Rentenkäufer eine Gewere am Zinse, welche für den Berechtigten eine Klage gegen jeden Besitzer der belasteten Sache begründete; 2) das mit der Rente belastete Grundstück ist nicht blos als zur Sicherheit der Rente, nach Art einer Hypothek, als verhaftet anzusehen, sondern ist das verpflichtete Subject selbst. Daraus, daß der Rentenkäufer sich lediglich an das mit der Rente belastete Grundstück halten muß und keine persönliche Klage gegen dessen Besitzer auf Zahlung der fälligen Rente hat, wird erklärt, daß, sowie bei einer persönlichen Verpflichtung der zahlungsunfähige Schuldner dem Gläubiger zu Hand und Halfter überantwortet, so auch das mit der Rente belastete Grundstück, wenn dessen Verbindlichkeit von dem jeweiligen Inhaber nicht erfüllt worden war, dem Rentengläubiger zu Eigen zugesprochen wurde. Der Besitzer der belasteten Sache wird von dem Rentengläubiger nur gemahnt die Verbindlichkeit des Grundstückes zu erfüllen; ist diese Mahnung erfolglos, so macht sich der Rentengläubiger durch Ausübung des durch seine Zinsgewere begründeten Pfändungsrechtes bezahlt, oder läßt sich, wenn er nichts zu pfänden findet, das Grundstück vom Richter zusprechen; aber eine persönliche Klage gegen den Besitzer auf Bezahlung des gefälligen Zinses findet nicht statt. 3) Mit dem Untergange der Sache, auf welcher die Rente liegt, verliert der Gläubiger alles Recht. Daß die Rente lediglich eine Schuld des Grundstückes sei, wird auch aus der dem Rentenkaufe hin und wieder beigefügten Verabredung, daß im Falle des Unterganges der Sache die Rente dennoch bezahlt werden solle, abgeleitet, indem diese Verabredung ganz überflüssig sein würde, wenn die Verpflichtung zur Fortbezahlung der Rente schon nach der Natur des Contractes vorhanden wäre. Der mit dem behaupteten Verluste des ganzen Rechtes durch den Untergang der belasteten Sache anscheinend in Widerspruch stehende Umstand, daß in manchen Urkunden sich Bürgen für den Fall des Unterganges der Sache zur Bezahlung der Rente verpflichten, wird dadurch beseitigt, daß die Natur des Rentenkaufes die ausdrückliche Uebernahme einer persönlichen Verpflichtung des Rentenverkäufers für sich und seine Erben zur Bezahlung der Rente nicht ausschließe, welchenfalls dann auch eine Bürgschaft dafür zulässig sei, welche bei der Fortdauer der persönlichen Verpflichtung des Verkäufers auch nach dem Untergange der Sache noch von Nutzen sein könne. 4) Da das belastete Grundstück selbst das verpflichtete Subject ist, so kann dessen Besitzer auch nur unter der Voraussetzung sich den Besitz erhalten, daß er die unter seinem Vorgänger fällig gewordenen, aber noch rückständigen Renten bezahlt; denn dem Rentberechtigten steht ja die Befugniß zu, wegen nicht bezahlten Renten sich der Sache zu unterwinden. 5) Der Besitzer darf das belastete Grundstück derelinquiren und durch Dereliction sich von der Bezahlung der während

seines Besitzes fällig gewordenen Lasten befreien[52]). Die Grundlage der Duncker'schen Theorie, die Idee von der Personificirung des belasteten Grundstückes wird von Renaud als verfehlt angegriffen[53]). Namentlich wird die Analogie, welche Duncker zwischen der Ueberantwortung eines zahlungsunfähigen Schuldners zu Hand und Halfter wegen einer persönlichen Verbindlichkeit und dem Zusprechen des mit der Rente belasteten Grundstückes an den Rentengläubiger zu Eigen, wenn die Rente von dem jeweiligen Inhaber nicht bezahlt worden war, findet, als in der Wirklichkeit nicht bestehend bezeichnet und dies daraus abgeleitet, daß, wenn das belastete Grundstück als zahlungsunfähiger Schuldner angesehen worden wäre, sich der Rentengläubiger bei Nichtbezahlung der Rente dessen sofort hätte „mit Gerichte unterwinden" können, während er doch vorerst den Besitzer des belasteten Gutes auf der Were hätte pfänden müssen, und erst, wenn da nichts zu pfänden war, sich das Grundstück eignen lassen konnte, welche letztere Befugniß nur bloßer Ausfluß des in älterer Zeit jedem Gläubiger zustehenden Pfändungsrechtes sei. Eine dem germanischen Rechte eigenthümliche gewisse Personificirung der Grundstücke wird zwar zugegeben und die daraus hervorgegangene Entwickelung der Realrechte; ein geschichtlicher Nachweis einer passiven Personificirung der Grundstücke, deren Erzeugniß die Reallasten gewesen wären, wird als unmöglich betrachtet. Auch die von Duncker behauptete Aufstellung der gekauften Rente als Normaltypus für alle Reallasten wird schon von Albrecht bestritten[54]), indem die gekauften Renten Eigenthümlichkeiten hätten, welche den übrigen Reallasten abgingen, und zwar solche, welche, indem sie auf die Eigenschaft der gekauften Renten als Schuld des Grundstückes selbst hinwiesen, zugleich einen indirecten Beweis für die Eigenschaft persönlicher Verpflichtungen in Betreff der übrigen Reallasten enthielten. Als solche Eigenthümlichkeiten der gekauften Rente werden bezeichnet: deren Ablösbarkeit und der für die Eigenschaft der gekauften Rente als Schuld der Sache sprechende Umstand, daß bei ihr das Grundstück selbst das alleinige Object der Execution ist, und das übrige Vermögen des Besitzers frei ausgeht. Renaud selbst geht davon aus, daß die allgemeine Ansicht der Praxis, welche Reallasten und Servituten als analoge Institute zusammenstellt, nicht ganz unbegründet und zufällig sei, vielmehr eine innere, diese Zusammenstellung rechtfertigende, Verwandtschaft zwischen beiden Instituten bestehe. Er stellt folgenden Satz an die Spitze. Die Gewere (saisina), die Grundlage des altgermanischen Sachenrechtes, habe nicht blos ein abgegrenztes und umschlossenes Stück des Erdbodens (clausura), sondern auch alle darauf befindliche Fahrniß, welche als Accessorium des Grundstückes betrachtet worden sei,

52) Duncker a. a. O. S. 69—78.
53) Renaud, Beitr. zu der Theorie von den Reallasten S. 18 flg.
54) Albrecht in Richter, krit. Jahrb. a. a. O. S. 312 flg.

umfaßt, namentlich die auf dem Gute gezogenen Früchte und Viehstücken [55]). Sowie bei der allmäligen Theilbarkeit der Gewere eine Spaltung des Eigenthums an Grund und Boden nach den verschiedenen Bestandtheilen des Eigenthums zulässig war, wie z. B. die Trennung des Obereigenthums und des Nutzungseigenthums, so habe es auch geschehen können, daß man von der Gewere am Gute die vom Inhalte desselben trennte, ja daß man auch eine besondere Gewere an einem Theile des Frucht- und Viehertrages annahm. Wenn daher Grundstücke zur erblichen Benutzung, sei es zu Nutzungseigenthum oder zu erblichem Colonate, ausgethan worden seien, so habe sich der Verleiher neben dem Obereigenthume oder dem vollen Eigenthume auch eine Gewere an einem Theile der Gutsaccessorien, d. h. des Frucht- und Viehertrages desselben vorbehalten, oder genauer gesprochen, es habe die grundherrliche Gewere in privativer Beziehung die Gestalt einer Zinsgewere angenommen. Anfänglich sei die Zinsgewere nur Ausfluß einer anderen Gewere am Grundstücke, namentlich der gutsherrlichen gewesen; infolge der bald eingetretenen unendlichen Theilbarkeit der Gewere hätten alle Rechte am Gute mit alleinigem Vorbehalte einer Zinsgewere veräußert werden können, und von da sei nur noch ein Schritt zur Auflassung der Zinsgewere an solche Personen gewesen, welche früher nie eine rechtliche Herrschaft über das beschwerte Grundstück gehabt hätten. Als Consequenzen dieser Auffassung werden folgende aufgestellt: 1) die Reallastberechtigung ist ein Recht auf einen Theil (fixen Theil oder Quote) des periodischen Fruchtertrages oder Viehertrages eines bestimmten Grundstückes; 2) da dieser periodische Ertrag ein Accessorium des Grundstückes bildet, so erscheint die Zinsberechtigung als ein Recht an dem Grundstücke selbst, daher ihr die Eigenschaft der Dinglichkeit und Unbeweglichkeit zukommt; 3) die Zinsberechtigung verwirklicht sich dem Besitzer des belasteten Gutes gegenüber in dessen Verpflichtung zu einem Leiden, nicht zu einem Thun. Als eigentliche Reallasten betrachtet Renaud nur die Grundzinsen im weitesten Sinne, welche bald als eigentliche Bodenzinsen, bald als Zehnten u. s. w. vorkommen; er scheidet die Realfrohnen vom Begriffe der Reallasten aus; denn bei den ersteren habe der Zinsherr den Zins zu holen, der Besitzer des beschwerten Grundstückes also nur etwas zu leiden, während er bei den Realfrohnen zu einem Thun verpflichtet sei. 4) Wenn auch die Reallast den Besitzer des beschwerten Gutes in patiendo beschränkt, so ist sie doch keine Servitut, weil sie nicht immer an einer fremden Sache besteht. 5) Die Reallastberechtigung ist kein Eigenthumsrecht; 6) sie ist aber ein von der Gesammtheit der im vollen germanischen Eigenthum liegenden

55) Albrecht, Gewere S. 19 flg. hat den Satz aufgestellt, daß in der Gewere an einem Grundstücke zugleich die Gewere an aller im Umkreise des Grundstückes befindlichen fahrenden Habe enthalten sei. Neuerdings ist derselbe wieder vertheidigt worden von Hildebrand, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. IX, S. 310 flg.

Befugnisse losgetrenntes Recht, welches eine dem Eigenthum ähnliche Natur mehr, wie andere aus einer Spaltung des Eigenthums hervorgegangene Rechte, z. B. Servituten und Näherrecht, beibehalten hat, daher es, wie ein Eigenthumsrecht, einem ungehinderten Verkehr unterworfen ist. Renaud betrachtet den gutsherrlichen Nexus als die älteste Quelle der Reallasten, den Rentenkauf dagegen als die neueste und auch unbedeutendste Entstehungsart von Grundgefällen. Der die Basis dieser Theorie bildende Satz, daß die Gewere an Immobilien zugleich die Gewere an den auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien enthalte, ist neuerdings von Gerber, als durch die Quellen nicht unterstützt, angegriffen und versucht worden, die Erscheinungen, welche als Folgen jenes Satzes dargestellt werden, auf andere Art zu erklären[56]). Wenn man auch die Richtigkeit jenes Satzes nicht bezweifeln will und die Versuche, die daraus abgeleiteten Erscheinungen auf andere Weise zu erklären, nicht als gelungen ansehen kann, so ist doch das Recht des Grundeigenthümers in dem Fruchtertrage oder an dem auf dem Grundstücke befindlichen Vieh nach bekannten teutschrechtlichen Grundsätzen wahres Eigenthum, und eine neben dem Eigenthum vorhandene, neben demselben selbstständig und unabhängig vorkommende factische Gewere kann nicht wohl gedacht werden[57]). Dann würde es unmöglich und widersprechend sein, wenn man die Gewere an Mobilien, sofern sie durch die Gewere an einem Grundstücke bedingt ist und mit ihr untrennbar zusammenhängt, als ein Recht auf Dritte übertragen wollte, für welche die Bedingungen dieser Gewere nicht vorhanden sind[58]).

Die neueste Theorie über gewisse Reallasten hat Weiske[59]) unter vorzüglicher Berücksichtigung der kursächsischen Gesetzgebung aufgestellt. Er geht davon aus, daß die Gutsherrlichkeit auch ohne Gerichtsbarkeit eine dem öffentlichen Rechte angehörige Gewalt sei, deren Entstehung auf die Vogtei zurückgeführt wird. Der gutsherrliche Verband ist nach ihm eine Genossenschaft; die Gutsherrlichkeit ist die Spitze der bäuerlichen Genossenschaft, der Gutsherr auch ohne Gerichtsbarkeit die Obrigkeit seines Dorfes[60]); er war der natürliche Vorstand der Genossenschaft

56) Gerber in Richter, kritische Jahrbücher für teutsche RW. (1846) S. 787 flg.

57) Gerber a. a. O. S. 789.

58) Gerber a. a. O. S. 789.

59) Weiske, die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen, Leipzig 1850.

60) Die Ausbildung der Gutsherrlichkeit war leichter möglich, wenn sich Bauern auf den Fluren eines Herrn neu ansiedelten. Ueber deren Verhältniß giebt besonders das sächs. Landr. Bd. III, Art. 79, §. 1, 2 Auskunft. Vgl. über die Erklärung dieser Stelle Weiske a. a. O. S. 21—26. Ein solches neu gegründetes Dorf hatte hiernach zwar sein eigenes Recht, welches auch daselbst geltend gemacht wurde, außer wenn ein Nichtgenosse als Beklagter erschienen war, welcher vielmehr nach gemeinem Landrechte antwortete; es bestand aber daselbst

seiner Hintersassen. Als solcher hatte er Gebot und Verbot[61]). Daraus floß auch die reiche Fülle gutsherrlicher Berechtigungen; zunächst der Anspruch auf mannigfache Geldbußen für verschiedene Vergehungen und Unterlassungen; kraft des Gebotes und Verbotes, welches der gesetzgebenden Gewalt verglichen wird, konnte der Herr verschiedene polizeiliche Anordnungen erlassen, über Einzug und Abzug, über Veräußerungen der Güter u. s. w. Bestimmungen treffen, welche ebenfalls zu pekuniären Berechtigungen führten. Dieser obrigkeitliche Charakter trat später immer mehr hervor und dazu trug vorzüglich der Umstand bei, daß die meisten Gutsherren die Patrimonialgerichtsbarkeit zu erwerben wußten, wozu allerdings der Keim mit in dem gutsherrlichen Verbande lag[62]). Die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen sind nun nach Weiske als im öffentlichen Rechte begründet anzusehen, wenngleich von ihm zugegeben wird, daß jetzt viele dergleichen Leistungen noch vorkommen, welche in einem jetzt nicht mehr gewährten Schutze u. s. w. ihren Grund haben. Auch will er nicht verkannt wissen, daß namentlich seit der Aufnahme des römischen Rechtes die alte öffentlich rechtliche Bedeutung des Grundeigenthums verschwunden ist, und man sich daher gewöhnt hat, diese Leistungen lediglich aus der privatrechtlichen Gebarung zu erklären. Weiter unterscheidet Weiske[63]) ius reale und onus reale, mit besonderer Rücksicht auf Sachsen. Er legt dem reale in der Zusammensetzung mit ius, ius reale eine engere bestimmtere Bedeutung bei, deren Kenntniß deshalb nothwendig sei, um den wahren Sinn von onus reale sicherer hervortreten zu lassen, nämlich die Be-

kein eigentliches Gericht und keine wahre Gerichtsbarkeit des Herrn, vielmehr nur ein genossenschaftliches Gericht, wie es der Organismus jeder Genossenschaft nach teutschem Rechte an sich schon mit sich brachte.

61) Dies bezeugen zahlreiche Weisthümer. Weiske a. a. O. S. 22. Dieses Recht des Gebotes und Verbotes stand der Ritterschaft auch sonst im Fürstenthume Coburg zu. Abschied Johann Casimir's und Johann Ernst's vom 26. September 1605 (sog. Gothaische Concession) bei Röder, von Erbgerichten und Lehensvogteien im Fürstenthume Coburg S. 233. Abschied Johann Casimir's v. 22. August 1611 und v. 23. October 1612 bei Röder a. a. O. S. 303, 325. Damit steht das als äußerstes Recht des Gutsherrn wegen schuldiger kundbarlich hergebrachter Frohnen, Zinsen und Gülten bei fortgesetzter Weigerung der Bauern und Lehenleute noch in diesen Abschieden anerkannte Recht der Lehensverbietung, d. h. Einziehung des Lehens und Exmission des Lehensmannes aus dem Lehen in Verbindung. Röder a. a. O. S. 255 flg. Gruner, Bedenken von den Lehensvogteien und Erbgerichten im Fürstenthume Coburg §. 6—8 bei Röder a. a. O. S. 474 flg. 480. Diese äußerste Maßregel hat das Oberappellationsgericht zu Jena auf andere Fälle, namentlich Verweigerung der Leistung der Lehenspflicht und der Lehenwaare für nicht anwendbar erachtet. Heimbach in Schmid, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt (1854) Nr. 2, S. 41—47.

62) Weiske a. a. O. S. 15. Vgl. ebd. S. 6 flg. darüber, daß in Sachsen die Gutsherrlichkeit nicht aus der Patrimonialgerichtsbarkeit hervorgegangen, letztere vielmehr später entstanden sei.

63) Weiske a. a. O. S. 46 flg.

deutung, daß es von Schuldverhältnissen gebraucht werde, welche in einer engen Beziehung zu einer Sache stehen, statt persönlicher Natur zu sein. Unter Beziehung auf ein kursächsisches Gesetz[64]), wornach Capitalien, wofür nicht genug Realversicherung gemacht ist, alsbald aufgekündigt werden sollen, sagt er, die Realversicherung bestehe keineswegs schlechthin in dem Pfandrechte; das ius reale sei ein stärkeres vorzüglicheres Recht, als selbst das privilegirte Pfandrecht; es sei auch nicht gleichbedeutend mit ius in re; auch habe das römische Pfandrecht darunter nicht mitverstanden werden sollen[65]). Die einzelnen Arten des ius reale und dessen vorzugsweise Charakterisirung ohne den technischen Namen „ius reale" findet er in der kursächsischen alten Proceßordnung von 1622; den Gebrauch dieses technischen Ausdruckes erst in der kursächs. erl. P.-O. v. 1724[66]). Als entsprechenden teutschen Kunstausdruck für iura realia in diesem Sinne schlägt er „Grundgerechtigkeiten" vor, wie die sächsischen Gesetze auch das Pfandrecht als Gerechtigkeit bezeichneten; er erklärt übrigens den Namen für gleichgiltig, wolle man aber den Ausdruck R e a l l a s t e n dafür gebrauchen, so will er dieselben von den öffentlich-rechtlichen Reallasten unterschieden wissen, so daß also zwei ganz verschiedene Arten von Reallasten anzunehmen seien. Das ius reale soll nicht dem onus reale, wie Recht und Last in Bezug auf dasselbe Rechtsinstitut gegenüberstehen oder entsprechen, vielmehr nimmt er an, daß beide Ausdrücke ganz verschiedene Rechtsinstitute bezeichnen, so daß also gewisse den Namen ius reale, andere den Namen onera realia führen. Hinsichtlich der Begründung des ius reale, als dessen Arten er den Renten- oder Wiederverkauf, das Erbegeld, das vorbehaltene Kaufgeld aus einem Grundstücke, das Leibgedinge und einige andere lehenrechtliche Institute, wie den Lehenstamm im weiteren Sinne, endlich die Aussteuer der armen Vasallentöchter aus dem Lehen betrachtet, bemerkt er, daß nach älterem teutschen Rechte eine Schuld entweder streng an der Person haftete, oder von der Person des Schuldners hinweg auf eine Sache oder ein Gut desselben gebürdet wurde. Dem teutschen Pfandrechte, welches kein accessorisches war, sondern vielmehr die persönliche Forderung vernichtete und an deren Stelle als selbstständiges Recht trat, indem der zeitherige Gläubiger als mit einer Gewere versehen erschien, analog hätten sich noch ähnliche Rechte, ius reale,

---

64) Kurs. Resolution v. 1708 (Cod. Aug. T. II. p. 302.)

65) Daß die kurs. erl. P. O. v. 1724 dennoch das römische Pfandrecht mit darunter versteht, soll daher rühren, daß dieses Gesetz die Eigenthümlichkeiten des ius reale zurückdränge und dasselbe überhaupt wohl als Pfandrecht angesehen habe, theils auch daher, daß schon die kursächs. alte P. O. für das durch den sächsischen Arrest entstandene Pfandrecht den Ausdruck ius reale wiederholt gebrauche, in welches Pfandrecht man aber eine andere Natur, als die des römischen Pfandrechtes anscheinend habe legen wollen, weshalb sich auf die kurs. Dec. 58 v. 1661 berufen wird.

66) Erl. P. O. Tit. XLII, §. 8 a. E. Tit. XLV, §. 6.

an unbeweglichen Sachen gebildet. Als erwiesen und bekannt wird vorausgesetzt, daß das einheimische Recht ein Eigenthum oder etwas dem Eigenthum ähnliches an Rechten anerkennt; der für ein derartiges Recht übliche Ausdruck der mittelalterlichen Quellen sei Gewere. Daher finde man Zins=, Leibgedings=, Satzungsgewere u. s. w. Nach den zu Ausgange des Mittelalters vorhandenen von unseren sehr verschiedenen volkswirthschaftlichen Begriffen habe man damals Geld und Capital in der Art für gleichbedeutend angesehen, daß man ebenso, wie man ein Eigenthum an den einzelnen Geldstücken hat, dasselbe auch dann noch beibehielt, wenn man unter gewissen Voraussetzungen ein Capital von einem Anderen aus einem Grundstücke zu fordern hatte; wie man hier das Eigenthum am Gelde auf das am Capital übertragen habe, so habe man dasselbe auch in anderen Fällen gethan, wenn das Capital an die Stelle einer uns gehörigen Sache trat, indem die Regel: pretium succedit in locum rei damals, namentlich auf dem lehenrechtlichen Gebiete, eine sehr weite Ausdehnung erlangt habe. Die Erzeugung von Gegensätzen durch schroffe Sätze habe auch hier stattgefunden. Während das außergerichtliche Darlehen, sobald es sich bei dem Schuldner nicht mehr vorfand, von demselben habe abgeschworen werden können, so daß der Gläubiger ohne sonst erlangte Sicherheit sehr gefährdet war, so habe man bei größerer Belebung des Geldverkehres nach Rechtssätzen gesucht, welche die römische Hypothek ersetzen und den Gläubiger gehörig sicher stellen sollten. Dazu habe man sich zunächst des gerichtlichen Abschlusses des Geschäftes bedient und dies habe besonders mittels der Investitur dahin geführt, daß der Gläubiger ein dem Eigenthum ähnliches Recht hinsichtlich seines in Frage stehenden Capitales erhalten habe, wodurch zugleich der Begriff des Gläubigers verschwunden sei. Jene Vorstellung vom Darlehen habe mehr der Zeit vom Sachsenspiegel aufwärts angehört, während die andere vom Capital sich von da an abwärts erst ausgebildet habe. So habe neben der Gewere oder dem Eigenthum des Eigenthümers an demselben Grundstücke noch eine Gewere oder ein dem Eigenthum ähnliches Recht dessen bestanden, der ein Capital auf diesem Grundstücke unter bestimmter Form hatte. Allerdings entstehe dadurch für das Grundstück ein onus, wie auch bei der Auferlegung einer Servitut; es sei dies aber kein onus reale im technischen Sinne. Bei dem Rentenkaufe sei das Capital hingegeben, um eine dauernde Rente aus dem Grundstücke zu erhalten; bei dem Leibgedinge sei das Eingebrachte der Frau in das Leben verwendet, so daß sie statt desselben lebenslänglich höhere als landübliche Zinsen oder Renten erhalte; bei dem Erbegelde und ähnlich bei der Aussteuer der armen Vasallentochter aus dem Lehen habe der Berechtigte zwar nicht das Capital in das Grundstück hingegeben, habe aber kraft seines Erbrechtes ein so starkes Recht auf dasselbe, wie auf das Gut zu seinem Antheile, an dessen Stelle das Capital, das Erbegeld, tritt. Dasselbe gelte von dem vorbehaltenen Kaufgelde aus einem Grund=

stücke[67]). Es wird ferner darauf aufmerksam gemacht, daß oft in einer Person in der Art verschiedenartiges Vermögen vereint sei, daß das eine als freies Allod, das andere als Lehens- oder dem ähnliches Vermögen, oder auch als Bergvermögen erscheine; diese Verschiedenheit des Vermögens einer Person zeige sich auch in Betreff der Schulden derselben. So ergriffen Allodialschulden das Lehensvermögen an sich nicht; dagegen könnten wieder aus bestimmten Gründen an dem besonderen Vermögen, z. B. am Lehens- oder Bergvermögen Schulden haften. Derartige Schulden seien auf bestimmte Vermögenstheile oder Sachen des Schuldners angewiesen, was den Römern ganz fremd sei; sie hafteten an diesen Sachen, und wenn schon sie durch den Besitzer aus dem Ertrage derselben getilgt werden müßten, so bleibe die Sache doch in dem Vordergrunde der Verpflichtung. Dies habe nun dahin, wie es ohnehin schon bei dem Pfandrechte der Fall gewesen sei, geführt, daß das Recht des Gläubigers im weiteren Sinne auch rücksichtlich des Allodialvermögens auf eine einzelne Sache, namentlich ein Grundstück, habe beschränkt werden können. Und so erstrecke sich auch das ius reale seiner Natur gemäß auf ein bestimmtes Grundstück; so bei der Rente, dem Erbegelde und dem vorbehaltenen Kaufgelde. In allen diesen Fällen sei eine Realversicherung ohne römisches Pfandrecht oder Hypothek vorhanden. Aus diesem ius reale leitet Weiske ab, daß in den älteren kursächsischen Gesetzen denen, welche ein ius reale in diesem Sinne haben, ein Vorzugsrecht im Concurse selbst vor den privilegirten Pfandgläubigern gegeben wird, welches sie zur Location in der ersten Klasse der Gläubiger berechtigt[68]). Als charakteristisch hebt Weiske noch hervor, daß die

---

67) Hinsichtlich des letzteren wird sich auf die alte kursächs. P. O. v. 1622 Tit. L, §. 3 bezogen, wo dies recht gut angedeutet werde, indem es dort heißt: „wenn einer etwas verkauft hätte, und es wäre ihm von der Kaufsumme was hinterstellig; dieweil er sein eigenthümlich Guth, so er hiergegen mittlerweile nutzen können, entrathen muß und derowegen, wenn ihm solcher Nutz entstehet (entgeht), dasselbe vielmehr pro damno, als pro lucri amissione zu achten, soll er in dem Falle auch der gebührenden Zinse — befriedigt — werden."

68) So in Const. elect. 28. P. I. dem Erbegelde, welches neben Lindlohn und Steuer gestellt wird, die alte kurs. P. O. Tit. XLV, §. 13 beschreibt die Aussteuer der armen Vasallentöchter aus dem Lehen so: „sie (die Töchter) sollen solch Recht haben, daß sie alle dasjenige, was ihnen — zusteht, vor allen anderen ihrer Brüder Gläubiger, ob dieselben auch gleich ausdrückliche Verpfändung auf das Lehen erlangt, befriedigt werden und sich derowegen an das Lehen, ob es schon in andere Hände gekommen wäre, halten mögen." Diese Aussteuer gehört nach der Lausitzer Amtsordnung von 1611 (Cod. August. T. III. p. 153.) in die erste Klasse der Gläubiger. In Betreff des vorbehaltenen Kaufgeldes redet die ang. P. O. Tit. XLII, §. 2 von einem Unterpfande, was Weiske aber nur als mißbräuchlich geschehen ansieht, oder weil sie schon das ius reale nach seiner teutschen Natur nicht zu erklären verstanden habe, obschon dessen rechtliche Wirkungen aufrecht erhalten werden sollten. Den Hauptbeweis dafür, daß unter diesem ius reale kein Pfandrecht zu denken sei, findet Weiske darin, daß Tit. XLII, §. 2 der ang. P. O. dieses Kaufgeld unmittelbar auf die Vindicanten, die in der ersten Klasse zuerst genannt werden, folgen läßt, namentlich aber

einzelnen Arten des ius reale ihrer Natur nach als unbewegliche Sachen behandelt werden[69]), sowie daß dieselben sich als Rechtsinstitute des Mittelalters dadurch charakterisiren, daß rücksichtlich der fraglichen Capitalien keine Zinsen (usurae) gezahlt werden, was nicht nur von denen gilt, bei welchen die Rente die Stelle der Zinsen vertritt, sondern auch von dem Erbegelde, dem bergrechtlichen Verlage u. s. w. Die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel räumt er demjenigen, welcher ein ius reale hat, ein. Die Entstehung desselben schreibt er ursprünglich der Investitur zu, glaubt aber, daß selbst in Sachsen die Allodialinvestitur gegen Ausgang des Mittelalters durch die Gerichtswirren und die Einwirkung des römischen Rechtes nur unregelmäßig ertheilt worden sei, und beruft sich darauf, daß schon die kursächsischen Constitutionen in Bezug auf den Rentenkauf die Investitur nicht mehr verlangen[70]), sowie er auch Entstehung der einzelnen Arten des ius reale ohne Gericht und Investitur, also durch bloße Privatverträge oder Geschäfte annimmt[71]). Habe man auf die Wirkungen des ius reale, namentlich im Concurse, gesehen, ohne sich des Grundes und Ursprunges desselben bewußt zu sein, so habe man, nimmt Weiske an, ein solches der gesetzlichen Hypothek analog auch schon kraft Gesetzes entstehen lassen können, wie dies hinsichtlich des Erbegeldes, der Aussteuer der Vasallentöchter und des bergrechtlichen Verlages der Fall sei oder gewesen sei. Das ius reale ist nach ihm endlich ein Rechtsinstitut, welches allerdings den Grundsätzen des einheimischen Rechtes des Mittelalters sein Dasein verdankt; dessen einzelne Arten sich aber erst später ausgebildet haben, namentlich infolge der Aufstellung von Rangordnungen der Gläubiger, welches aber durch das neuere Recht, in Sachsen namentlich durch die erläuterte Proceßordnung von 1724 eher zurückgedrängt, als weiter entwickelt worden und daher nicht zu einer allseitigen Ausbildung gelangt ist. Das ius reale in diesem Sinne betrachtet Weiske nicht

---

darin, daß Tit. XLI, §. 2 ausdrücklich die Pfandgläubiger, auch die privilegirten, erst in der zweiten Klasse des Concurses locirt, von denen der ersten Klasse aber, wohin die, welche ein ius reale haben, mitgehören, sagt: „es haben etliche eine sonderliche Prärogativ oder Vorzug, daß sie vor allen anderen, ungeachtet des Rechtes, welches sie sonst haben mögen, bezahlt werden müssen."

69) Von dem Stock der Rente sagt es ausdrücklich Const. elect. Sax. 21. P. III.; von dem Erbegelde Const. 24. P. III.

70) Es wird sich deshalb auf Const. elect. Saxon. 24. P. III. berufen.

71) Er bezieht sich deshalb auf die kursächs. erl. P. O. v. 1724 Tit. XLII, §. 7, 8, nach welcher rückständige Kaufgelder oder Erbegelder nur dann ein Vorzugsrecht genießen sollen, wenn der Verkäufer das Eigenthum oder die Hypothek an dem verkauften Gute sich gerichtlich vorbehalten und dies bei Allodialgütern bei der Bestätigung mit hat anmerken und in die Consensbücher eintragen lassen; ingleichen wenn bei Erbegeldern der Vorbehalt des Eigenthums oder der Hypothek gerichtlich geschehen ist; auch Zinsen wiederkäuflicher Hauptstämme, sowie die Hauptstämme selbst, nur, wenn sie gerichtlich bestellt und consentirt worden sind, ein den gerichtlichen Hypotheken gleiches Recht haben sollen.

blos als Eigenthümlichkeit des sächsischen Rechtes[72]). Die gutsherrlichen bäuerlichen Gaben und Leistungen anlangend, so behauptet Weiske[73]), der Sachsenspiegel behandele Zins, Pflege und Zehnten ganz gleich, obschon der Zins oft nur die Natur des Pachtgeldes habe; es seien Leistungen, die dem Besitzer eines Gutes aus verschiedenen Gründen obliegen; von einer Gewere an diesem Zinse u. s. w. sei nirgends die Rede, überhaupt keine Spur vorhanden, daß diese Reichnisse erst die Ausflüsse einer Last im ganzen, als Grundstockes, wie etwa bei dem Rentenkaufe seien. Es seien persönliche Forderungen, welche dem Berechtigten an die Besitzer gewisser Güter zustehen. Allerhand Zins und Zehnt sei nach dem Sachsenspiegel[74]) gleich dem Gesindelohn „verdientes Gut"; wie aber das Gesinde wegen seines rückständigen Lohnes kein dingliches Recht habe, vielmehr nur eine Bevorzugung hinsichtlich des Beweises und der Bezahlung genieße, so sei es auch hinsichtlich des Zinses und Zehntes. Uebrigens sei damals der Unterschied zwischen öffentlichen und privatrechtlichen Abgaben noch nicht so hervorgetreten wie später. In der Stelle des Sachsenspiegels[75]), in welcher Homeyer schon den Unterschied des Zinses als Ganzen, als Last, von den einzelnen Leistungen habe finden wollen, sei nicht von einem Streite über das Recht auf Zinsen überhaupt und über einzelne Leistungen die Rede, und es werde dort unter dem Zinse nur gewöhnliches Pachtgeld verstanden; es handele sich dort ganz einfach darum, wer, wenn der Herr den rückständigen Zins fordert, zum Beweise gelassen werde, und wie dieser vom Herrn sowohl, als vom Pachter zu führen sei, wobei an keinen Beweis und Gegenbeweis zu denken sei, weil dieser dem früheren Beweisverfahren nicht bekannt gewesen sei. Der Fall sei einfach der: wird der rückständige Zins vom Herrn gefordert, und der Pachter kann dem nichts entgegensetzen, als das Leugnen der Forderung, sagt er blos, er habe bezahlt, so ist der Herr näher zum Beweise als der Pachter, und jener erbringt ihn schon durch seinen Eid, wie auch das Gesinde sein verdientes Lohn[76]), worin die ursprüngliche Bevorzugung des verdienten Gutes bestehe; sagt aber der Pachter nicht blos, daß er bezahlt habe, kann er dies durch zwei Zeugen, die es sahen und hörten, erweisen, so wird er zum Beweise gelassen, und der Herr kann sich den Zins nicht zuschwören. Daß dieser natürlichen Auffassung auch die sächsische Gesetzgebung treu geblieben sei, wird von Weiske

72) Weiske verweist deshalb auf die in der Lausitzer Amtsordnung von 1611 enthaltene Concursordnung, auf das Lüb. Recht Bd. III, Tit. I, §. 12, für die Schweiz auf Wyß, Gesch. des Concursproc. von Zürch 1848 S. 84 flg., sowie darauf, daß selbst der Cod. Nap. §. 2103, welcher hier aus älteren französischen Gewohnheitsrechten geschöpft habe, dieses Institut kenne.

73) Weiske a. a. O. S. 57 flg.

74) Sächs. Landr. Bd. II, Art. 58.

75) Sächs. Landr. Bd. I, Art. 54, §. 3.

76) Sächs. Landr. Bd. I, Art. 22, §. 2.

nachzuweisen versucht[77]). Er betrachtet die gutsherrlichen bäuerlichen Lasten als persönliche Forderungen, wenn auch der Verpflichtete seine Verbindlichkeit dem Besitze eines Gutes, an dem jene haften können, zuzuschreiben habe. In Ansehung des in den sächsischen Gesetzen vorkommenden Ausdruckes onera realia wird ein verschiedener Sinn angenommen[78]). Als privatrechtliche onera realia, welche auf den Gütern haften und Reallasten in dem Sinne sind, in welchem die Germanisten dieses Wort in neuerer Zeit gebrauchen (onera realia im engeren Sinne) findet Weiske in der kurf. alten P.-O. v. 1622 Tit. XLII, §. 6 die gekauften Renten und gewisse andere Reichnisse aus Grundstücken, welche diesen analog behandelt worden seien, namentlich die Zehnten. Er schließt sich hinsichtlich der Begründung des Rechtsinstitutes der Reallasten in diesem Sinne der Theorie von Renaud an. Obwohl auch der Satz von Renaud, daß die Gewere am Grundstücke sich auch zugleich mit auf die auf letzterem befindliche fahrende Habe erstreckt, für unbegründet gehalten und namentlich den Früchten auf dem Grundstücke vermöge ihrer Natur als „verdientes Gut" eine weit selbstständigere Stellung, als im römischen Rechte vindicirt, auch ihre unbedingte Auf-

77) So soll Const. elect. Sax. 2. P. II. blos von rückständigen und zukünftigen Zinsen, nicht von einer besonderen Zinslast als Grundstück, aus dem die einzelnen Zinsen erst fließen, handeln und dort blos das Erlöschen der persönlichen Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, durch Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen sanctionirt sein. Auch wird darauf Gewicht gelegt, daß die Constitutionen, wenn sie der Ansicht gehuldigt hätten, daß die gutsherrlichen Leistungen zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen wären, an denen dem Berechtigten ein eigenthümliches Recht zustehe, dies ebenso hätten aussprechen müssen, wie es bei dem Erbegelde und bei der Rente geschehen ist, da sie sich wegen der Mobiliarerbfolge des Ehemannes die Aufgabe gestellt hätten, das gesammte Vermögen in bewegliches und unbewegliches zu trennen; daß aber Const. 32. P. III. in Bezug auf Zinsen und ähnliche Reichnisse nur unterscheide, ob sie betagt seien oder nicht, die betagten für beweglich erkläre, wobei die unbetagten gar nicht in Betracht kämen und wo daran, daß hier irgend etwas Unbewegliches vorhanden sei, woran dem Berechtigten etwa ein dingliches Recht zustehe, gar nicht zu denken sei.

78) Weiske a. a. O. S. 61 flg. In der alten kursächs. P. O. Tit. XLII, §. 6 zu deren Erläuterung die lausitzer Amtsordnung v. 1611 dient, soll in dem Ausdrucke onera realia das reale nicht blos das äußerliche Haften irgend eines Rechtes an einem Grundstücke, so daß jeder Besitzer desselben persönlich verpflichtet erscheint, bezeichnen, sondern dem Grundgedanken nach in derselben Bedeutung gebraucht sein, in welcher es bei ius reale, wie bemerkt worden, vorkommt. Dafür wird erstlich angeführt, daß der Vermuthung nach dasselbe Gesetz dasselbe Wort nicht ohne weiteres in verschiedenen Bedeutungen nehme, die ang. P. O. Tit. XLVIII aber ius reale das teutsche Pfandrecht, welches der Arrest giebt, nenne; zweitens, daß dieselbe in der ersten Klasse des Concurses lauter eigenthumsähnliche Rechte anführe; drittens, daß das ang. lausitzer Gesetz, aus dem jene Stelle der P. O. hervorgegangen ist, den Rentenstamm mit hineinzieht, der unstreitig dinglicher Natur ist, weshalb auch hier die onera realia denselben Charakter an sich tragen müßten. Dazu komme noch, daß sich die ang. P. O. Tit. XLV, §. 4 von diesen Reichnissen des schlagenden Ausdruckes bediene: „als ein onus reale auf den Gütern hafte."

fassung als Accessorium des Grundstückes gemißbilligt wird, so hält nichtsdestoweniger Weiske dessen Ansicht an sich für die richtigste, und gerade durch die größere Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Früchte es erleichtert, außer der Gewere am Grund und Boden die Gewere eines Anderen hinsichtlich des Fruchtbezuges oder eines Theiles desselben anzuerkennen. Enthalte das dominium utile die erbliche Nutzbarkeit eines Gutes, so können Zins und Zehnten sehr wohl als ein Theil dieser erblichen Nutzbarkeit juristisch construirt werden; wie sich sodann die persönlichen genossenschaftsrechtlichen Gemeindenutzungen hie und da zu privatrechtlichen Gerechtsamen der Einzelnen (Realgemeinderechte) gestaltet hätten, so habe dies auch hinsichtlich des Zinses und Zehntes eintreten können, aber nicht dort, wo sie den öffentlichen Abgaben gleichgestellt wurden, wie namentlich in Sachsen; die öffentlichen Abgaben, welche nie als privatrechtliche Gerechtsame, an denen man ein Eigenthum habe, aufzufassen seien, könnten daher auch in der kursächs. alten P. O. nicht zu den onera realia in diesem engen privatrechtlichen Sinne gezählt werden. Die Auffassung des Zehnten als ein onus reale im engeren Sinne in der alten kurs. P. O. wird aus der im kanonischen Rechte und in vielen Urkunden erwähnten possessio (Gewere) des Zehnten, sowie daraus, daß Urkunden von einem dominium oder einer proprietas decimarum sprechen, abgeleitet[79]). Die Frage, welche andere onera realia im engeren Sinne außer den gekauften Renten und dem Zehnten die ang. P. O. unter den Worten „und dergleichen onera realia" verstanden habe, beantwortet Weiske dahin, daß außer den gedachten Arten diejenigen als onera realia im engeren Sinne gelten sollen, welche gleichfalls als ein onus reale im engeren Sinne auf einem Gute haften, keineswegs aber etwa alle heutzutage als Reallasten bezeichnete; es müsse dies durch ausdrückliche Bestellung oder Errichtung geschehen sein; der Berechtigte müsse sich eine Gewere, possessio oder proprietas u. s. w. ausdrücklich wegen seines Rechtes vorbehalten haben, was allerdings auch in Betreff eines Zinses (census) namentlich bei dem vorbehaltenen Zinse, habe erfolgen können. Aber nicht alle Leistungen an Kirchen, Schulen und milde Stiftungen fasse die alte kurs. P. O. als onera realia im engeren Sinne auf, indem sie Tit. XLV, §. 4 wegen derjenigen Leistungen, die nicht als ein onus reale auf den Gütern haften, eine gesetzliche Hypothek einräume. Weiske versteht darunter solche Leistungen, welche nicht, wie der Zehnte, auf einem Gute haften, sondern persönliche Forderungen sind, wenn sie auch von dem Besitzer eines Grundstückes zu entrichten sind, und findet die bekannte Theorie über die Reallasten, sie als Forderungen mit einer Hypothek versehen, aufzufassen, in das Gesetz aufgenommen. Die

---

79) Auch wird darauf Gewicht gelegt, daß Carpzov, Iurisprud. for. Rom. Saxon. P. II. const. 2. def. 4. bei dem Zehnten das possessorium und petitorium erwähne, was er in Bezug auf andere sog. Reallasten nicht thue.

gutsherrlichen Lasten sieht Weiske in der ang. P. O. als gar nicht bevorzugt an, so wenig als sie solches nach den Constitutionen gewesen seien, obgleich er einräumt, daß bald nach der P. O. die Praxis die gutsherrlichen onera den geistlichen gleichgestellt habe, was durch die erl. P. O. bestätigt wurde. Er nimmt nach der alten kurs. P. O. drei Arten sog. Reallasten an, erstens solche, welche als ein onus reale auf einem Gute haften, so daß der Berechtigte ein eigenthümliches Recht hinsichtlich seiner Gerechtsame hat; zweitens solche, welche als mit einer stillschweigenden Hypothek versehene erscheinen; beide aber nur für geistliche Zwecke; drittens solche, welche blos als persönliche Forderungen von dem Besitzer eines gewissen Gutes zu entrichten sind, welches zunächst die gutsherrlichen seien. Bald nach der alten kurs. P. O. nahm, wie Weiske weiter ausführt[80]), das Wort onus reale eine ganz andere Bedeutung an; oder man bezeichnete nun erst die öffentlichen Abgaben als onera realia, gleichbedeutend mit dem Ausdrucke onera publica in anderen Gesetzgebungen, und es gehören dahin alle obrigkeitlichen Abgaben und Gefälle mit Einschluß der gutsherrlichen[81]). Die erl. P. O. Tit. XLII, §. 8 locirt nun „die auf denen Grundstücken haftenden und anderen onera", von denen eine Menge einzeln aufgezählt werden, jedoch nur wegen der Reste der letzten fünf Jahre in die erste Klasse der Gläubiger, und sollen dieselben allein von den Gütern, worauf solche haften und aus der Fahrniß befriedigt, die älteren, fünf Jahre übersteigenden Reste aber von dem Einnehmer aus eigenem Vermögen bezahlt werden. Unter den genannten onera finden sich neben den Abgaben an den Staat und die Kirche auch gutsherrliche mit aufgeführt, wie Erbzins, Lehenwaare und es folgt noch der Zusatz: „und dergleichen nach jenes Orths Gebrauch und Gewohnheit." Nach Weiske sind nun diese onera der erl. P. O. Abgaben zum Besten des Staates, der Kirche u. s. w., sowie der Gutsherren. Daß die gutsherrlichen Abgaben öffentlicher und zwar genossenschaftsrechtlicher Natur sind, leitet er, abgesehen von dem im Gesetze selbst erwähnten „Einnehmer" aus ihrer Entstehung, ihrer Stellung im Concurse und ihrer executorischen Beitreibung ab; den stärksten Beweis für die nicht privatrechtlich-dingliche Natur der in der P. O. a. a. O. genannten onera findet er aber darin, daß dieses Gesetz alle gesetzlichen Hypotheken nicht nur, sondern auch das ius reale der fraglichen Rechtsinstitute aufhebt[82]), mithin irgend

80) Weiske a. a. O. S. 72 flg.

81) Von den kursächs. Gesetzen nennt Dec. 63. von 1661 die Staatsabgaben onera realia; die Postordnung v. 1713 (Cod. Aug. T. II. p. 2049.) erwähnt „die real-onera und Contributiones, Steuern und andere Gefälle"; das Mandat von 1698, die Accisordnung v. 1715 bezeichnen mit dem Ausdrucke onera alle zu entrichtenden Gaben mit Einschluß der gutsherrlichen; die Dec. 63 und 65 von 1661 gebrauchen onera realia und schuldige, erbliche, haftende Gefälle für gleich.

82) Erl. P. O. Tit. XLII, §. 7, 8. Tit. XLV, §. 1.

ein gesetzliches dingliches Recht am wenigsten blos stillschweigend bei den onera beibehalten oder anerkannt haben könne. Vermöge dieser seiner Ansicht von der publicistischen Natur der gutsherrlichen Abgaben nimmt Weiske[83]) keine possessio bei denselben an und sucht dies auch nach sächsischem Rechte zu begründen; er verwirft die Eintheilung derselben in persönliche und am Grundstücke haftende[84]), weil man in der älteren Zeit, in welche die Entstehung der meisten gutsherrlichen Abgaben fällt, einen solchen Unterschied gar nicht gemacht, sondern sie vielmehr als aus dem Ortsrechte oder Bezirksrechte herfließend aufgefaßt habe. Die Entstehung der gutsherrlichen Abgaben läßt er lediglich durch Gesetz, Statut oder Herkommen zu, also durch Quellen des öffentlichen oder genossenschaftlichen Rechtes, und betrachtet selbst die in manchen sächsischen Gesetzen gebrauchten Ausdrücke: Vereinigung, Abschiede, Recesse und selbst Vertrag nicht als solche, die allemal und sofort auf Privatrechtsgeschäfte zu beziehen oder im privatrechtlichen Sinne zu nehmen wären, sondern ebenso einen publicistischen Charakter haben könnten, wie wenn dieselben Ausdrücke für gesetzliche Feststellungen des Landesherrn mit seinen Ständen gebraucht werden. Er sieht die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten daher, wenn sie nicht ausnahmsweise infolge eines besonderen Privatrechtstitels auf einem bestimmten Gute lasten, als Ortslasten an, als Ausflüsse des Ortsrechtes, eines Statutes, einer Satzung oder des Herkommens, so daß die Frage, ob sie auf dem Grundstücke haften, ganz in den Hintergrund tritt[85]). Er nimmt dies auch für Dienste und Frohnen an und behauptet selbst in dem Falle, wenn in neuerer Zeit Gutsherren Grundstücke durch vertragsmäßige Bestellung eines Erbzinses oder Erbpachtzinses ausgethan haben, daß dieselben doch in jeder Beziehung als gutsherrliche Lasten behandelt worden seien[86]). Weiter behandelt Weiske die Stellung der gutsherrlichen Lasten im Concurse, vorzüglich nach sächsischem Rechte[87]). — Diese bisher dargestellte Ansicht von Weiske verdient noch eine ausführlichere Beleuchtung. Er hat zwar die Lehre von den Reallasten und insbesondre von den gutsherrlichen Lasten vorzugsweise mit Rücksicht auf das kön. sächsische Recht behandelt und es könnte demnach scheinen, als ob deshalb hier eine Beleuchtung seiner Ansicht keine passende Stelle fände. Bekanntlich ist aber das gemeine sächsische Recht und insbesondre das kön. sächs. Recht im steten fortdauernden Zusammenhange mit den Rechtsquellen des Mittelalters, namentlich mit dem Sachsenspiegel geblieben, es gilt Instituten, deren Entstehung in das Mittelalter fällt; das kön. sächsische Recht hat in der Lehre von den Reallasten einen so eigenthüm-

83) Weiske a. a. O. S. 82—86.
84) Weiske a. a. O. S. 86—95.
85) Weiske a. a. O. S. 95—101.
86) Weiske a. a. O. S. 101.
87) Weiske a. a. O. S. 103—110.

lichen Gang genommen, und die Ansichten der sächsischen Juristen, sowie die sächsische Praxis haben einen so bedeutenden Einfluß auf das Recht anderer Länder auch in dieser Lehre gehabt, daß Weiske mit vollem Rechte seine Ansicht vorzugsweise aus dem Standpunkte des sächsischen Rechtes entwickelt hat und nicht ohne Grund den Tadel gegen unsere Germanisten, namentlich gegen Duncker, ausspricht, daß sie auf einzelne Urkunden des Mittelalters, in denen bei einem census u. s. w. von einer possessio u. s. f. die Rede ist, ihr ganzes System aufbauen, dagegen den Bestimmungen der Landesgesetze zu wenig nachgeforscht haben. Es ist daher bei der Wichtigkeit des sächsischen Rechtes in dieser Lehre auch für das gemeine Recht eine Beleuchtung der Ansicht von Weiske hier nicht am unrechten Orte. Diese Beleuchtung wird auch vorzugsweise von dem Standpunkte des sächsischen Rechtes zu unternehmen sein. Hier muß man nun zuvörderst bedauern, daß sich Weiske zu sehr auf das kön. sächsische Recht beschränkt, von dem Rechte der übrigen Länder aber, in welchen gemeines sächsisches Recht und sächsischer Proceß gilt, gar keine Notiz genommen hat, durch dessen Berücksichtigung er wohl in manchen Punkten zu einer anderen Ansicht gekommen wäre. Versuchen wir es daher, ihm folgend, unter Berücksichtigung des Rechtes auch dieser Länder, seine Argumentation Punkt für Punkt zu beleuchten. Zuvörderst nun muß man unbedingt das als richtig anerkennen, was er über den Charakter der Gutsherrlichkeit als einer dem öffentlichen Rechte angehörigen Gewalt und über deren Entstehung aus der Vogtei sagt. Ebenso ist als richtig zuzugeben, daß die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen meistens ursprünglich im öffentlichen Rechte und namentlich in der Vogtei begründet sind. Dagegen ist in Abrede zu stellen, daß sie diesen publicistischen Charakter noch haben; es wird vielmehr nachzuweisen sein und ist erweislich, daß die bisherige gewöhnliche Auffassung derselben als privatrechtlicher Lasten auch die den sächsischen Gesetzen entsprechende und durch unbestrittenen langjährigen Gerichtsgebrauch bestätigte ist. Es ist zunächst der Umstand in das Auge zu fassen, den auch Weiske selbst nicht verkennt, daß im älteren teutschen Rechte das publicistische und privatrechtliche Element nicht streng geschieden war, sondern beide häufig in einander flossen. Zu Zeiten des teutschen Reiches waren Hoheitsrechte und andere dem öffentlichen Rechte angehörige Befugnisse Gegenstand der Rechtsverfolgung vor den Reichsgerichten, weil solche durch Belehnung auf die Reichsstände übergehen konnten und übergegangen waren. Daher ist in der Reichsgesetzgebung von einer quasi possessio der Regalien, Jurisdiction, Gerichte, geistlicher und weltlicher Zölle und anderen Gerechtigkeiten die Rede [88]). Selbst in Bezug auf Reichssteuern geschieht der iuris quasi possessio des Reiches

88) Landfrieden v. 1548 Eing. §. 1. Reichsabsch. von Trier und Köln v. 1512 Th. I, Tit. IV, §. 12. Instr. Pac. Osnabr. art. 5. §. 46. 47. 48.

und der libertatis quasi possessio von Seiten einzelner Reichsstände Erwähnung[89]). Das kanonische Recht spricht bei Zehnten und anderen kirchlichen Befugnissen, wie weiter unten erwähnt werden wird, von einer possessio. Die Zulassung des Besitzes und possessorischer Rechtsmittel, überhaupt der gerichtlichen Rechtsverfolgung, selbst bei solchen rein publicistischen Verhältnissen, sogar in Bezug auf Reichssteuern, konnte nicht anders, als auch auf andere dem öffentlichen Rechte angehörige Verhältnisse, deren publicistischer Natur man aber sich schon nicht mehr recht bewußt war, Einfluß üben, so daß man auch bei diesen einen Besitz und possessorische Rechtsmittel annahm und sie dadurch unter einen mehr privatrechtlichen Gesichtspunkt brachte. So geschah es namentlich mit den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten auch in Sachsen. Gehen wir zuvörderst von den Diensten und Frohnen aus, bei denen es am klarsten ist, daß sie aus einer staatlichen Unterordnung der Unterthanen unter den Herrn hervorgegangen sind, so machte sich bei diesen das Bedürfniß gerichtlicher Rechtsverfolgung so lange nicht fühlbar, als der außergerichtliche Dienstzwang von Seiten des Herrn gegen die der Dienstleistung sich weigernden Dienstpflichtigen bestand[90]). Neben diesem war freilich die gerichtliche Rechtsverfolgung Ausnahme. Nichtsdestoweniger spricht schon Carpzov[91]) selbst bei den gesetzlichen Baudiensten von einer quasi possessio servitiorum, welche, wenn mehrere die Dienste verlangen, für die Leistung der Dienste für denjenigen entscheide, welcher sich darin befindet. Entschieden ist aber die Möglichkeit einer possessio des Rechtes, die Dienste zu fordern, sowie einer possessio libertatis und die Zulässigkeit possessorischer Rechtsmittel deshalb, anerkannt durch die Vorschriften, welche die kursächs. Erledigung der Landesgebrechen von 1661 Tit. von Justizsachen §. 36, 37[92]) aufstellt. Nach diesem Gesetz soll der Beamte oder Gerichtshalter, wenn die

---

89) Reichsabsch. v. 1548 §. 55. „Wenn auch ein ausgezogener oder ausziehender Stand — sich sobald in Recht erbieten würde, daß er — die Possession vel quasi libertatis ausführen wolt — oder im Fall, daß ein ausgezogener oder ausziehender Stand ausführen wolt, daß er — wider die Reichs-Anschläg und Hülff legitime präscribirt habe.“ §. 58, „auch ihre Anschläge, im Fall der Nothdurfft jederzeit entricht worden, deren Erlegung und Leistungen das Reich im Inhaben ist.“ §. 59, „doch mit dem Anhang, wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand eins, zwei oder mehrmal hätte dem heil. Reich gesteuert, und also das Reich in quasi possessione wäre, der soll nochmals ungeweigert steuern.“ §. 62, „haben wir uns — verglichen, daß in diesem Fall die Anschläge durch diejenigen, so bishero in den Reichsanschlägen begriffen, welche auch dieselbe würklich geleist, deren das Reich im Inhaben und Posseß wäre, selbst ungeweigert entricht und geleist werden sollen.“ §. 63, „Aber die Ausgezogene, so hievor einige Anlage nicht erlangt hatten, und also in possessione vel quasi libertatis wären.“

90) Ihn erwähnt noch Carpzov, Iurispr. for. Rom. Saxon. P. II. Const. 51. def. 16.

91) L. c. P. II. Const. 52. def. 8.

92) Cod. Aug. T. I. p. 221.

Bauern der Dienstleistung widersprechen, Bericht erstatten und einen Termin ansetzen, in welchem der Theil, welcher seine Intention sogleich klar beweisen kann, z. B. durch Erbregister, geschützt wird; sind keine Urkunden, sondern blos Zeugen vorhanden, so wird der Theil, dessen jüngster Besitz durch Zeugen bescheinigt wird, in dem Besitze geschützt, der Gegentheil aber zum possessorium ordinarium verwiesen. Aehnliche Vorschriften finden sich in herzoglich sächsischen Gesetzen[93]), in welchen daneben aber immer noch der Dienstzwang, z. B. Belegung der sich weigernden Unterthanen durch den Gutsherrn mit Gefängniß, vorkommt[94]). Daher nehmen die sächsischen Juristen mit Recht nicht blos bei Frohnen, sondern auch bei anderen gutsherrlich-bäuerlichen Lasten eine quasi possessio und deren Schutz durch possessorische Rechtsmittel an[95]). Dies erkennen auch die Gesetze an[96]). Insbesondre geht aber aus den Vorschriften über den Inhibitivproceß hervor, daß an allen gutsherrlich-bäuerlichen Lasten eine quasi possessio und deren Schutz anerkannt wird. Der früher im Königreiche Sachsen bei den Hofgerichten, in den Ländern ernestinischer Linie bei dem gemeinschaftlichen Hofgerichte und bei den Regierungen, theilweise auch bei den Untergerichten eingeführte Inhibitivproceß ist bekanntlich ebenfalls zum Schutze gegen Eingriffe in den Besitz eingeführt. Unter den Fällen, in welchen derselbe stattfindet, ist nach kön. sächsischem Rechte der der Beeinträchtigung des Quasibesitzes einer Gerechtigkeit nicht ausdrücklich begriffen[97]); es war aber feststehende Praxis, daß auch deshalb der Inhibitivproceß stattfand[98]). Die Proceßordnungen der Länder ernestinischer

---

93) Goth. Landesordn. P. II. Cap. 2, Tit. XV. Altenb. Landesordn. P. II. Cap. 2, Tit. XV. Eisen. P. O. Tit. XXV, §. 3. Heimbach, Lehrb. d. sächs. bürgerl. Proc. Bd. II, §. 156, 159.

94) Goth. Landesordn. a. a. O. S. 145. Altenb. Landesordn. a. a. O. S. 170 flg. Eisen. P. O. Tit. XXV, §. 4.

95) Um Einen statt Vieler anzuführen, s. Berger, Electa proc. posses. §. 7. 19. 20.

96) Außer den bereits angeführten Gesetzen vgl. die Eisen. P. O. Tit. XXV, §. 1. Ernest. P. O. P. II Cap. 3, §. 1. Altenb. P. O. P. II. Cap. 3, §. 1. Goth. P. O. P. II. Cap. 4. §. 1, welche das possess. summarium zum Schutze des Besitzes von Gerechtigkeiten überhaupt gestatten.

97) K. s. Erledigung der Landesgebrechen v. 1612 (Cod. Aug. T. I. p. 176.) Erl. P. O. Anhang §. 21.

98) Biener, Syst. proc. iud. §. 277. ed. 3. Die Worte der Erled. der Landesgebr. v. 1612, „in anderen dergleichen ex stilo bekannten casibus" verweisen deshalb auf den Gerichtsgebrauch der Hofgerichte. Carpzov, Proc. iur. in foro Saxon. T. XXIII. art. 2. §. 6. sagt: quotiescunque ac quacunque ratione et modo turbatur possessio, inhibitio potest decerni, cumque id multifarie accidat, ad certam specierum enumerationem deveniri nequit, sed iudicis arbitrio committendum est, quando ac quibus casibus turbata dicatur possessio ad hoc, ut locus sit inhibitioni. Er verweist auf die in seiner diss. de inhibitionibus posit. 26 aufgeführte Zusammenstellung der zur Erlangung einer Inhibition geeigneten Fälle, aus welcher ohne Zweifel die in den späteren sächsischen Proceßordnungen aufgeführten Fälle zum Theil entlehnt sind.

Linie haben dies angenommen und namentlich in Bezug auf beinträchtigten Besitz gutsherrlich-bäuerlicher Lasten den Inhibitivproceß für statthaft anerkannt[99]). Hiernach erscheint die Behauptung von Weiske, daß diese Lasten öffentlich rechtlicher Natur seien, für das bestehende sächsische Recht unbegründet. Durch die feststehende Annahme eines Quasibesitzes daran und dessen Schutz durch possessorische Rechtsmittel ist die ursprüngliche Natur derselben verändert worden; sie sind dadurch auf das Gebiet des Privatrechtes hinübergetreten; die etwa frühere mögliche executorische Beitreibung hat der gewöhnlichen gerichtlichen Rechtsverfolgung weichen müssen. So steht auch jetzt die Sache in der zu dem Bezirke des Oberappellationsgerichtes zu Jena vereinten Staaten. Die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten werden als privatrechtliche betrachtet. Ganz ebenso werden die an die landesherrlichen Kammer- oder Domänengüter zu entrichtenden Reichnisse an Erbzinsen, Frohnen und Lehenwaare beurtheilt, welche mit den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten auf gleicher Linie stehen. Diese gleiche Behandlung beider beruht auf den Gesetzen selbst[100]). Wenn bei den ersteren, wo der Landesherr als Inhaber des Domänenvermögens der Berechtigte ist, die ursprüngliche publicistische Natur noch viel weniger einem Zweifel unterworfen sein kann, als bei denjenigen, welche einem Privatmanne als Gutsherrn gebühren, erstere aber dennoch insoweit einen privatrechtlichen Charakter angenommen haben, daß sie als Gegenstand des Quasibesitzes, possessorischer Rechtsmittel und überhaupt der gewöhnlichen gerichtlichen Rechtsverfolgung erscheinen, so kann dies bei den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten um so weniger einem Bedenken unterliegen. Aus dem unzweifelhaft jetzt vorhandenen privatrechtlichen Charakter derselben folgt nun aber auch, daß sie durch Privatrechtstitel, Vertrag u. s. w. bestellt werden können. Der bei ihnen zulässige Quasibesitz läßt sie als dingliche Rechte erscheinen und es ist demnach bei ihnen auch ein Erwerb durch Verjährung möglich. Diese zunächst auf das sächsische Recht gestützte Ausführung glauben wir auch für das gemeine Recht festhalten zu müssen. Wir

99) Die Ernest. P. O. P. II. Cap. 4, §. 1 zählt unter den Fällen, wo eine Inhibition erlangt werden kann, auf: „wenn — jemand — an Uebung seiner Gerechtigkeiten und Befugnisse, es seien Gerichte, Jagden, Triften, Fischereien, Zinsen- und Zolleinnehmung und dergleichen beeinträchtigt würde." Gleichlautend sind die Eisen. P. O. Tit. XXVI, §. 2 a. E. Altenb. P. O. P. II. Cap. 4, §. 1 a. E. Goth. P. O. P. II. Cap. 5, §. 1.

100) Denn das für den Fall verweigerter Frohndienste von Seiten der Unterthanen in der k. sächs. Erled. der Landesgebr. v. 1661 Tit. von Justizsachen §. 36, 37. Goth. L. O. P. II. Cap. 2, Tit. XV, S. 144 flg. Altenb. L. O. P. II. Cap. 2, Tit. XV, S. 169. Eisen. P. O. Tit. XXV, §. 3 vorgeschriebene Verfahren und die dabei anbefohlene Berücksichtigung des Besitzstandes, namentlich des jüngsten, gilt nach den ausdrücklichen Worten der Gesetze sowohl für landesherrliche Beamte, als für Patrimonialgerichtsherren und deren Gerichtsverwalter, wenn Amtsunterthanen die in das Amt, Patrimonialgerichtsunterthanen die dem Guts- und Gerichtsherren zu leistenden landwirthschaftlichen Dienste verweigern.

sehen in Betracht der oben angeführten Bestimmungen des kanonischen Rechtes und der Reichsgesetze die Zulassung des Quasibesitzes, des Schutzes desselben durch possessorische Rechtsmittel bei den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten in den Gesetzen selbst als begründet an, und ziehen die daraus mit Nothwendigkeit sich ergebenden Consequenzen der dinglichen Natur derselben, der deshalb zustehenden dinglichen Klagen, der Begründung derselben durch privatrechtliche Titel, so daß wir diese ursprünglich öffentlich rechtlichen Verhältnisse als in das Gebiet des Privatrechtes übergetreten betrachten. Was weiter die von Weiske aufgestellte Theorie des teutschen ius reale und dessen Unterschied vom onus reale anlangt, so ist die darauf bezügliche Entwickelung eben so neu, als überraschend. Ob aber den Verfassern der kursächsischen Constitutionen und der P. O. v. 1622 irgend eine Idee von einem teutschen ius reale dabei vorgeschwebt habe, auf welches sich das absolute Vorzugsrecht des Erbegeldes, des vorbehaltenen Kaufgeldes der erkauften Rente stützt, ist zu bezweifeln und wird von Weiske auch selbst nicht behauptet. Das Vorzugsrecht des rückständigen Kaufgeldes wird mit klaren Worten auf den ausdrücklichen Vorbehalt einer Hypothek vor der Tradition oder auf den Vorbehalt des Eigenthums gestützt, wodurch der Gedanke einer von selbst vermöge des Gesetzes auf der verkauften Sache ruhenden Haftung für das rückständige Kaufgeld ausgeschlossen wird. Viel näher lag die Idee von einem infolge des pactum reservati dominii oder reservatae hypothecae zustehenden Vindications- oder Separationsrechte, zu dessen Ausschließung, um das Gut der Concursmasse zu erhalten, das Gesetz dem Verkäufer ein absolutes Vorzugsrecht einräumte. Auf derselben Idee von einem zustehenden Separationsrechte scheint das absolute Vorzugsrecht dessen zu beruhen, welcher Pfandrechte an einer Sache aus der Zeit vor dem Erwerbe des Gemeinschuldners hat[101]). Das Leibgedinge der Eheweiber und deren Recht am Lehengute des Ehemannes deshalb ist dasselbe, was ihr wegen ihrer Mitgift zusteht, eine gesetzliche Hypothek am Lehen mit Vorzugsrecht vor allen Gläubigern, welche keine ältere ausdrückliche Hypothek am Lehen haben[102]); der Grund dieser Hypothek für das Leibgedinge ist allerdings die Verwendung des Heurathsgutes in das Lehen und die Ausschließung der Rückforderung des Heurathsgutes durch das ihr bestellte Leibgedinge; die Hypothek selbst aber ist eine gewöhnliche gesetzliche. Die Aussteuer der armen Vasallentochter und deren Recht an dem Lehen deshalb, kann nicht, wie der Vorzug des Erbegeldes, mit Weiske[103]) darauf gegründet werden, daß der Berechtigte kraft Erbrechtes ein so starkes Recht auf das Capital habe, wie auf das Gut zu seinem Antheile; denn die Töchter sind regelmäßig von der Lehensfolge

101) K. s. alte P. O. Tit. XLII, §. 4.
102) Const. elect. Sax. 25. P. II. P. O. v. 1622 Tit. XLV, §. 11.
103) Weiske a. a. O. S. 51.

ausgeschlossen, und von einer Haftung des Lehens für das der Vasallentochter aus dem Allodialvermögen des Vaters gebührende Capital der Aussteuer kann selbstverständlich an sich nicht die Rede sein; diese Haftung des Lehens dafür ist lediglich Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung und letztere ist wohl nur eine Ausdehnung und Anwendung dessen, was im longobardischen Lehenrechte[104]) hinsichtlich des einem unfähigen Lehensfolger, welcher ohne diese Unfähigkeit succedirt haben würde, aus dem Lehen zu reichenden Unterhaltes vorgeschrieben ist. Dagegen hat die Erklärung des absoluten Vorzugsrechtes des Erbegeldes viel für sich. Die Stellung der gutsherrlichen Abgaben im Concurse nach der alten P. O. soll die rein chirographarischer Forderungen gewesen sein. Es lag aber gewiß nicht in der Absicht des Gesetzgebers, diesen eine so niedrige Stellung anzuweisen. Wenn auch zugegeben werden muß, daß in der letzten Hälfte des 16. Jahrhundertes und noch theilweise im 17. die gutsherrlichen Abgaben von Seiten der Landesherren, wegen der Klagen der Bauern mit ungünstigeren Augen angesehen wurden, so konnte dies doch nur dazu führen, etwaigen Mißbräuchen und Beschränkungen durch die Gesetzgebung zu steuern, wie dies auch in den kursächsischen und herzoglich sächsischen Gesetzen des 16. Jahrhundertes geschehen ist, keinesweges aber dazu, den fraglichen Abgaben jedes Vorrecht im Concurse zu entziehen. Bestand ja doch der größte Theil der landesherrlichen Einnahmen selbst in solchen Leistungen und Abgaben der Amtsunterthanen, wie von den mittelbaren Unterthanen an den Gutsherren entrichtet wurden. Der Ausdruck Schoß in den alten kurs. P. O. Tit. XLII, §. 7 kann diesen Theil der landesherrlichen Einkünfte begreifen und daß er diese Bedeutung hat, wird dadurch wahrscheinlich, daß die lausitzer Amtsordnung von 1611 unter den absolut privilegirten Forderungen nach den Steuern und Landescontributionen die „Amtsrente am Geld, Getreidicht" aufführt, die alte P. O. aber Schoß und Steuer, so daß Schoß augenscheinlich dem in der ang. Amtsordnung gebrauchten Ausdruck „Amtsrente u. s. w." entspricht. War die Gutsherrlichkeit eine im öffentlichen Rechte begründete Gewalt und war sie als solche durch die Landesverfassung und Gesetzgebung anerkannt, so konnte der Gesetzgeber die darin begründeten Leistungen nicht ungünstiger stellen, als die an den Landesherren als Inhaber des Domänengutes zu entrichtenden Leistungen, welche mit der gutsherrlichen auf derselben Quelle beruhten. Es konnte dies um so weniger geschehen, als die Gutsherren gewöhnlich zugleich die Patrimonialgerichtsbarkeit hatten und ihnen als Gerichtsherren nach der sächsischen Landesverfassung auch manche fiscalische Rechte zustanden. Wir sind daher der Meinung, daß nach der Absicht des Gesetzgebers in der alten P. O. die gutsherrlichen Abgaben den landesherrlichen Einkünften gleicher Art ganz gleich behandelt werden sollten. Wenn nun die Praxis

104) I. Feud. 6. §. 2.

statt dessen die gutsherrlichen Abgaben vielmehr unter den allgemeinen Ausdruck der P. O. „und dergleichen onera realia" subsumirte, wie namentlich aus Carpzov[105]) hervorgeht, so hat sie zwar die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers nicht errathen; sie hat aber doch auf einem anderen Wege dasselbe erreicht, was in der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers lag, und wir müssen demnach diese Praxis für eine vollkommen berechtigte betrachten. Es kann aber auch nur diese Praxis, welche später in der erläuterten P. O. Bestätigung erhielt, über den Sinn des an der fraglichen Stelle gebrauchten Ausdruckes „und dergleichen onera realia" entscheiden, und die Bestätigung dieser Praxis durch das spätere Gesetz ist als eine authentische Interpretation anzusehen. Ebenso müssen wir, daß die Praxis unter diesen Ausdruck wiederkäufliche Hauptsummen und Zinsen überhaupt, ohne Rücksicht, ob sie einer geistlichen Corporation oder Stiftung, oder anderen Personen zustanden, subsumirte[106]), sofern die Renten aus liegenden Gründen erkauft waren, für begründet im Geiste des Gesetzes achten. Denn es wäre doch sonderbar gewesen, wenn der Gesetzgeber, nachdem er die nach Weiske's Ansicht mit einem teutschen ius reale versehenen Forderungen des rückständigen Kaufgeldes und des Erbegeldes mit einem absoluten Vorzugsrechte versehen hätte, den aus liegenden Gründen erkauften Renten, bei denen dem Rentenkäufer doch unbestritten eine Gewere, ein dingliches Recht am Grundstücke selbst zustand, ein ähnliches Vorzugsrecht versagt und dieselben unter die chirographarischen Forderungen gesetzt hätte. Denn daß das Recht des Rentenkäufers nicht eine Hypothek ist, geht aus der alten P. O. Tit. XLIV, §. 1 hervor, wo das dingliche Recht eines Gläubigers entweder aus gesetzlicher oder ausdrücklicher Hypothek, oder aus der Hilfsvollstreckung, oder aus dem Arrest abgeleitet wird, des Rechtes des Rentenkäufers aber gar keine Erwähnung geschieht. Daß es aber dennoch ein dingliches, kein blos auf einer obligatio beruhendes Recht ist, geht daraus hervor, daß Const. elect. Saxon. 24. P. III. die auf liegende Gründe unabsonderlich ausgethanen Hauptsummen sowohl, als jährliche aus unbeweglichen Gütern erkaufte Renten, soweit solche noch nicht betagt sind, für unbewegliches Gut erklärt, was freilich nur in Bezug auf die Mobiliarerbfolge des Ehemannes bestimmt ist, um zu entscheiden, ob dergleichen Prästationen Gegenstände dieser Erbfolge sind oder nicht. War das Recht des Rentenkäufers hiernach ohne Zweifel dinglicher Natur, was doch aber kein Pfandrecht im römischen Sinne war, so hätte die alte P. O. eine Lücke gehabt und wäre in Widerspruch mit diesem dinglichen Charakter des erwähnten Rechtes gerathen, wenn sie dieses Recht blos als ein solches, welches gar kein Vorzugsrecht im Concurse, selbst nicht einmal ein einfaches persönliches, gewährte, angesehen hätte. Es kann daher nicht

105) P. II. Const. 28. def. 54.
106) Carpzov l. c. P. II. Const. 28. def. 55.

anders angenommen werden, als daß das ang. Gesetz unter dem Ausdrucke „und dergleichen onera realia“ Renten von wiederkäuflichen Hauptsummen, sofern solche aus liegenden Gründen erkauft waren, ohne Rücksicht darauf, wer der Berechtigte war, ob geistlichen oder weltlichen Standes, begriffen hat. Aus der alten P. O. Tit. L, §. 3 kann, daß das Gesetz dergleichen Renten als blos chirographarische Forderungen betrachtet habe, nicht gefolgert werden; es ist dort nur davon die Rede, daß die nach §. 2 a. a. O. aufgestellte nur auf Darlehen beschränkte Regel, daß die Zinsen im Concurse erst nach Bezahlung aller Capitalien bezahlt werden sollen, auf die annui reditus keine Anwendung leiden, vielmehr dieselben, ebenso wie Zinsen in einigen anderen näher angegebenen Ausnahmsfällen, „nach Gelegenheit eines jeden Rechtes und Priorität neben der Hauptsumma erkannt werden“ sollen. Wenn die erläuterte P. O. v. 1724 Tit. XLII, §. 8 für die Zukunft die Erlangung eines ius reale für Zinsen wiederkäuflicher Stämme an die gerichtliche Bestellung und Consentirung bindet, so steht dies der vorher erwähnten Auslegung des Ausdruckes „und dergleichen onera realia“ in der alten P. O. Tit. XLII, §. 7 nicht entgegen; vielmehr giebt die Stelle der erl. P. O. ein Zeugniß dafür, wie dieser Ausdruck der alten P. O. in der Praxis verstanden worden ist, und darauf kommt es unseres Erachtens allein an, wenn nur gezeigt werden kann, daß diese in der Praxis angenommene Auslegung mit den Gesetzen der grammatischen und logischen Interpretation harmonirt. Der Behauptung von Weiske, daß die in der erl. P. O. Tit. XLII, §. 7 aufgeführten Beispiele „der auf den Grundstücken haftenden und anderen onera“ einschließlich der dort bemerkten Beispiele der gutsherrlich-bäuerlichen Prästationen alle dem öffentlichen Rechte angehören, kann man deshalb nicht beipflichten, weil die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, wie nachgewiesen worden ist, in Gemäßheit der Gesetze selbst als privatrechtliche in der Praxis behandelt worden sind. Und daß der Zusatz „und dergleichen“ nicht blos auf andere nicht genannte Beispiele der im öffentlichen Rechte begründeten onera sich beziehe, sondern auch solche onera realia umfasse, deren privatrechtliche Natur selbst Weiske nicht bestreitet, geht daraus hervor, daß die erl. P. O. Tit. XXXIX, §. 11 den Auszug als ein onus reale, welches durch nothwendige Subhastation nicht erlöscht, bezeichnet und das kursächs. Rescript vom 28. Februar 1726 diese Eigenschaft des Auszuges als eines onus reale nur von der gerichtlichen Bestätigung des Contractes, worin der Auszug vorbehalten worden ist, abhängig macht. —

Wir haben den Gesichtspunkt, von welchem aus wir die Reallasten betrachten, bereits im wesentlichen bei Beurtheilung der Ansicht von Weiske angedeutet. Uns erscheint die Ansicht von Duncker[107]) als

107) Sie ist von Reyscher, würtemb. Privatr. §. 254 flg., in Schutz genommen, von Wächter, Erörterungen Heft 1, N. 6, S. 127 wieder be-

die richtigste und in den Rechtsquellen selbst begründete. Duncker hat unseres Erachtens hauptsächlich darin gefehlt, daß er im öffentlichen Rechte begründete Grundlasten und privatrechtliche Reallasten nicht getrennt, sondern beide auf gleichen Fuß gestellt hat. Für diese Gleichstellung findet sich allerdings ein Anhaltspunkt im kanonischen Rechte und in den teutschen Reichsgesetzen. Allein es kann doch wohl keinen Zweifel leiden, daß heutzutage in Bezug auf wirkliche Staatsabgaben (nicht solche, welche an den Landesherrn als Inhaber des Domänenvermögens zu entrichten sind, sondern wirkliche Steuern) von einer quasi possessio von Seiten des Staates ebensowenig die Rede sein kann, als von einer possessio libertatis von Seiten der Steuerpflichtigen, daher auch von keinen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln, sondern nur von einer executorischen Beitreibung der Abgaben, indem die Annahme des Gegentheiles mit der staatlichen Ordnung unvereinbar sein und die Existenz des Staates selbst gefährden würde. Daß die Reichsgesetzgebung im Verhältniß der Reichsstände zu Kaiser und Reich in Bezug auf Reichssteuern von einer quasi possessio des Reiches und von einer possessio libertatis von Seiten der Reichsstände, sowie von einer denselben zur Seite stehenden Präscription redet, kann bei den gänzlich veränderten Verhältnissen und bei der zur Geltung gelangten Idee des modernen Staates in Bezug auf Staatsabgaben nicht maßgebend sein; vielmehr ist die Reichsgesetzgebung hierauf unanwendbar. Dasselbe gilt aber auch von den Gemeindelasten. Weiske hat das Verdienst, auf die Nothwendigkeit der im öffentlichen Rechte begründeten Verpflichtungen zu Abgaben und Leistungen aller Art von dem Begriffe der Reallasten mit schlagenden Gründen hingewiesen zu haben und dieses Verdienst erkennen wir bereitwillig an, wenn wir auch hinsichtlich der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, deren ursprünglich öffentlich rechtliche Natur wir wenigstens theilweise anerkennen, für das jetzt geltende Recht den privatrechtlichen Charakter als den vorherrschenden in Anspruch nehmen müssen. Also nur in Ansehung der privatrechtlichen Reallasten folgen wir der Ansicht von Duncker; wir sehen mit ihm das Grundstück als das verpflichtete Subject und den jedesmaligen Besitzer nur als dessen Repräsentanten an. Entscheidend spricht dafür der gemeine Sprachgebrauch, welcher das Grundstück selbst für das verpflichtete Subject bezeichnet. Man sagt: das Grundstück lehnt und zinst; selbst bei den Diensten und Frohnen sagt man: das Gut frohnt. Man könnte diesen Sprachgebrauch daraus erklären, daß die gutsherrlichen Lasten als öffentlich rechtliche betrachtet und den Staatssteuern gleichgestellt wurden, weil man auch hier sagt: das Grundstück steuert. Allein ein wesentlicher Unterschied der gutsherrlichen Lasten von den blos im öffentlichen Rechte begründeten, ent-

stritten worden, von beiden mit besonderer Berücksichtigung des würtembergischen Rechtes.

weder auf allgemeinen Landesgesetzen oder im Communalverbande beruhenden Leistungen zeigt sich namentlich hinsichtlich der Dienste darin, daß landwirthschaftliche Dienste, welche dem Gutsherrn zu leisten sind, soweit sie nicht gesetzliche sind, in den Erwerbsurkunden über Grundstücke besonders namhaft gemacht werden, was bei den zum Besten des Staates und der Gemeinde zu leistenden Diensten nicht der Fall ist. Der gedachte Sprachgebrauch, welchen das belastete Grundstück, nicht dessen Besitzer, als das pflichtige Subject bezeichnet; man sagt: dieser gemeine Sprachgebrauch ist auch der herrschende in der Praxis der Gerichte und Anwälte. In den gerichtlich ausgefertigten Erwerbsurkunden wird er ebenso befolgt, wie in den Grundbüchern. Wollte man hiergegen erinnern, daß dieser gemeine Sprachgebrauch hier, wo es auf Beurtheilung des Wesens der Reallast ankomme, nicht maßgebend sein könne, weil er nicht auf einer klaren Vorstellung von dem, was damit bezeichnet werde, beruhe, so ist man umgekehrt der Meinung, daß ihm um so größeres Gewicht beizulegen sei. Unverkennbar spricht sich in diesem Sprachgebrauche eine herrschende Volksansicht aus und diese ist bei einem Institute, welches, wie die Reallasten, auf verschiedene Weise entstanden ist, seinen Boden allein im einheimischen Rechte hat, und nur aus diesem beurtheilt werden kann und muß, um so entscheidender, je weniger man andererseits sichere Anhaltspunkte zum Erforschen des Wesens der Reallasten hat, da die Institute, auf welchen sie beruhen, zum großen Theile aus dem praktischen Leben verschwunden sind. Wenn einzelne aus der Idee, daß das belastete Grundstück das verpflichtete Subject sei, abzuleitende Folgerungen dennoch in den Schriften der Juristen und in Partikulargesetzen nicht Anerkennung gefunden haben, so kann man daraus kein Argument herleiten, daß diese Idee nicht die herrschende Volksansicht sei, sondern man muß die abweichenden Meinungen und partikularrechtlichen Bestimmungen als aus einer unklaren Anschauung der Verhältnisse hervorgegangen betrachten. Es können aber diese Mißverständnisse nicht hindern, zur wahren Quelle alles positiven Rechtes, zur rechtlichen Volksüberzeugung zurückzukehren. Diese Volksansicht hat sich auch in der Praxis dadurch bethätigt, daß namentlich in der älteren Zeit die Reallasten mit den Servituten zusammengestellt wurden, daß man sie, gleich diesen, als Lasten des Grundstückes bezeichnete, daß man sie des Quasibesitzes für fähig und dingliche Klagen darauf für anwendbar hielt. Der Einwand, welcher gegen Duncker's Beweisführung, welche darauf beruht, daß er die gekauften Renten als Normaltypus für die Reallasten überhaupt betrachtet, theils von der Ablösbarkeit der Renten, theils davon, daß der Rentenkauf die neueste und unbedeutendste Entstehungsart der Reallasten sei, entlehnt wird, ist nicht von großer Bedeutung. Wenn man auch die früher herrschende Ansicht, daß der Rentenkauf zur Umgehung der Zinsverbote des kanonischen Rechtes erfunden worden sei, um ein zinsbares Darlehen zu verschleiern, als falsch verwerfen

muß, und der Grund, warum der Rentenkauf an die Stelle des zinsbaren Darlehens in Teutschland auch ohne jene Verbote getreten ist, vielmehr darin zu suchen ist, daß das teutsche Recht keine Hypothekenbestellung kannte und der persönliche Credit wegen der Beschränkung der Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers auf die fahrende Habe sehr gering war[108]), so dient doch gerade diese Bestimmung des Rentenkaufes als Form für Contrahirung zinsbarer Darlehen auch zur genügenden Erklärung der der gekauften Rente unter allen Reallasten allein eigenthümlichen Eigenschaft der Ablösbarkeit. Da von Anfang an bei dem Verkaufe der Rente an einem Grundstücke sehr häufig die Absicht nur darauf gerichtet war, sich dadurch ein Darlehen zu verschaffen, dafür aber dem Darleiher Sicherheit zu gewähren, so ist die Ablösbarkeit der Rente allerdings eine dieser Reallast beiwohnende Eigenthümlichkeit. Es kann aber daraus gegen die Beurtheilung anderer Reallasten nach den gekauften Renten nichts abgeleitet werden. Denn bei den anderen Reallasten erklärt sich die Unablösbarkeit daraus, daß sie für Ueberlassung von Grundeigenthum bestellt worden sind, sei es als blos zum Zeichen der Anerkennung des Obereigenthums oder als Vergeltung für Ueberlassung des Nutzungseigenthums oder erblichen Colonates, und letzteren Falles in älterer Zeit, wo das Grundeigenthum geringen Werth hatte, ein auferlegter nicht hoher Zins als eine angemessene Vergütung für Ueberlassung von Grund und Boden erschien. Gerade der Umstand, daß wiederkäufliche Renten ungeachtet ihrer Ablösbarkeit Reallasten waren und als solche behandelt wurden, läßt einen um so sichereren Schluß darauf zu, daß auch unablösliche Renten, abgesehen von der ihnen mangelnden Eigenschaft der Ablösbarkeit, nach gleichen Grundsätzen behandelt wurden und zu behandeln sind. Auch daß man beim Verkaufe einer Rente sich der Form der gerichtlichen Auflassung bediente, obgleich dadurch nur ein nach der Absicht beider Theile ablösbares Recht begründet werden sollte, scheint geradezu dafür zu sprechen, daß, da hier ein dingliches Recht eingeräumt wurde, dies um so mehr bei den anderen Reallasten angenommen werden müsse, die nach der Absicht der Besteller keine vorübergehende, sondern eine beständige Dauer haben sollten. Daß der Rentenkauf die jüngste Entstehungsart der Reallasten gewesen sei, kann zugegeben werden, nicht aber daß sie die unbedeutendste sei. Gerade der Rentenkauf kam, weil er das Mittel war, sich zinsbare Darlehen zu verschaffen, namentlich in den Städten, am häufigsten vor und es muß ihm daher, da über die dadurch für den Rentenkäufer begründeten Rechte sich die Rechtsquellen am vollständigsten aussprachen, gerade im Gegentheile eine hohe Bedeutung für die Lehre von den Reallasten überhaupt beigelegt werden. Duncker hat mithin gar nicht mit Unrecht das Recht des Rentenkäufers am Grundstücke als Normaltypus aufgestellt. Für die Verschiedenheit der

---

108) Duncker, Reallasten S. 69, 70.

gekauften Renten von den übrigen Reallasten wird von Albrecht[109]) noch ein innerer Grund geltend gemacht, der darin besteht, daß die übrigen Reallasten, wie wenigstens im allgemeinen und in ihrer ursprünglichen Bedeutung zugestanden werde, als ein Opfer, ein Aequivalent, eine Gebühr für Rechte und Vortheile erschienen, die jedem Besitzer des belasteten Grundstückes zu Gute kämen, während ein Gleiches bei den gekauften Renten überall nicht, oder nur sehr zufällig stattfinde, welche Lasten seien, denen es bei den Nachfolgern der Constituenten an einer causa fehle. Allein man vermag eine Verschiedenheit hier nicht zu erkennen. Der Nachfolger im Besitze des mit der Rente belasteten Grundstückes, sei er Erbe, sei er Singularsuccessor, erwirbt zwar das Grundstück mit der darauf haftenden Last, er wird aber dafür jedenfalls entschädigt, indem er entweder bei der Erbtheilung des Grundstückes, weil es belastet ist, es zu einem geringeren Preise annimmt, oder wenn er es kauft, mit Rücksicht auf die darauf haftende Last einen geringeren Kaufpreis giebt, überhaupt bei Erwerb durch onerosen Titel seine Gegenleistung mindert, oder wenn er durch einen lucrativen Titel in dessen Besitz gelangt, durch den lucrativen Erwerb gewinnt. Wenn der Nachfolger im Besitze des mit der Rente belasteten Grundstückes die Rente ablöst, so bewirkt er dadurch, daß der Werth des Grundstückes um den Capitalbetrag der abgelösten Rente erhöht wird. Auch die gekauften Renten sind ein Aequivalent für Vortheile, die jedem Besitzer des belasteten Grundstückes zu Gute kommen; jeder Nachfolger im Besitze erwirbt das Grundstück nur zu dem Werthe, welchen das Grundstück nach Abzug des Kaufpreises für die verkaufte Rente hat; es steht also hier mit der gekauften Rente nicht anders, als wie bei anderen Reallasten. Kann hiernach eine Verschiedenheit der gekauften Rente von den übrigen Reallasten nicht angenommen werden, so wird sich die Anwendung der von den ersteren geltenden Grundsätze auf die letzteren rechtfertigen.

B. Darstellung der Lehre selbst. I. Begriff und Wesen der Reallasten. Zuerst brauchte man zur Bezeichnung des Institutes, welches unter dem allgemeinen Ausdrucke „Reallasten" begriffen wird, den Ausdruck servitium reale[110]), später den Ausdruck onus reale[111]). Diese letztere Bezeichnung ging auch in die Partikulargesetze über, namentlich in die sächsischen[112]). Der Ausdruck „Real-

---

109) Albrecht in Richter, krit. Jahrbücher für teutsche RW. (1839) S. 313 flg.

110) Schon in einer Urkunde von 1326 kommt dieser Ausdruck vor, wobei zu bemerken ist, daß servitium nicht blos Dienste, sondern überhaupt jede Leistung bezeichnet.

111) Duncker, Reallasten S. 56, 57.

112) Ueber den Sinn, in welchem der Ausdruck onus reale in der alten kursächsischen P. O. v. 1622 vgl. Weiske, Gutsherrlichkeit S. 61—72. Es ist darüber oben die Ansicht dieses Gelehrten bemerkt und beurtheilt worden. Unverkennbar ist der Ausdruck „Reallasten" im weiteren Sinne in der P. O. Herzog Ernst des Frommen von S. Gotha v. 1670 P. I. Cap. 18, §. 7 und in

last“ wird im weiteren und engeren Sinne genommen. Im weiteren Sinne bezeichnet er jede auf einer unbeweglichen Sache haftende, auf jeden Besitzer übergehende Beschwerung, und man hat darunter sogar die Hypothek, die Servituten, den Retract, die Bannrechte und andere Beschränkungen des Eigenthums an Grundstücken begriffen. Im engeren Sinne bezeichnet Reallast eine solche auf einem Grundstücke ruhende Last, wornach jeder Besitzer desselben zu einem Geben oder Thun gehalten ist. Die im römischen Rechte vorkommenden Lasten dieser Art, z. B. einzelne Staats- und Communallasten, wie die Grundsteuer [113]); die zum Besten des Staates zu leistenden Spanndienste (angariae) [114]); die im Gemeindeverbande beruhenden Lasten der Grundstücke [115]) müssen, als dem öffentlichen Rechte angehörig, hier ausgeschieden werden; denn wenn sie gleich die Merkmale der Reallasten im engeren Sinne haben, so beruhen sie doch auf gesetzlicher Anordnung, welcher die Grundbesitzer unterworfen sind, und sind kein Gegenstand des Verkehres [116]). Aus demselben Grunde müssen Grundsteuern, Landfolge

---

der P. O. Herzog Johann Wilhelms von S. Eisenach v. 1702 Tit. XXVIII, §. 7 gebraucht. Beide lauten gleich: „Ueberdieß 5) sind abzustatten die onera realia, so auf des Debitoris Gütern haften, als da sind ordinar- als extraordinar-Steuern, wie auch alle herrschaftliche Gefälle: Item, Geschoß, das Geld, so nach etlicher Orten Gewohnheit die Unterthanen zu den peinlichen Executionen geben müssen, wie auch was zur Vollstreckung der Hülffe wider den Debitorem von der Obrigkeit angewendet worden. Ferner 6) die Erbzinsen, Decem, wiederkäuffliche und unablegliche Zinsen und dergleichen jährliche Gefälle.“ Die unter 6) geschehene Trennung der Erbzinsen und anderer jährlicher Gefälle ist nicht deshalb geschehen, weil sie nicht unter der Kategorie der onera realia begriffen wären, sondern sie haben unter 6) nur in den unter 5) bezeichneten Reallasten nachstehendes absolutes Vorzugsrecht erhalten, weil sie privatrechtliche Reallasten sind, während die unter 5) bezeichneten einen publicistischen Charakter an sich tragen. Letztere sind nämlich Ausflüsse der Staatsgewalt und der Gerichtsbarkeit; die unter 6) genannten sind gutsherrliche und geistliche Abgaben, welche hier mit den wiederkäuflichen und unablöslichen Zinsen auf gleiche Linie gestellt werden; ein Beweis, daß die gutsherrlichen Lasten schon in der Mitte und in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhundertes als privatrechtliche betrachtet wurden, ein Gesichtspunkt, den die sächsische Praxis bald nach der alten P. O. aufstellte und welcher aus ihr in die herzoglich sächsischen Proceßordnungen überging. Daß die in der kurs. erl. P. O. Tit. XLII, §. 8 aufgeführten onera realia sämmtlich publicistischen Charakters seien (es sind auch Beispiele der bäuerlichen Lasten genannt) behauptet Weiske, Gutsherrlichkeit S. 76 flg. Daß aber der Zusatz „und dergleichen“ auch privatrechtliche Reallasten umfasse, geht daraus hervor, daß der Auszug im Tit. XXXIX, §. 11 ebenfalls als onus reale bezeichnet wird, der entschieden privatrechtlich ist und auch nach kön. sächs. Rechte das Vorzugsrecht der Reallasten genießt. Ebenso brauchen die Altenb. P. O. v. 1744 P. I. Cap. 37, §. 13. Goth. P. O. v. 1776 P. I. Cap. 37, Art. 4, §. 2, N. 7 den Ausdruck onera realia im weiteren Sinne.

113) L. 7. pr. D. (29. 4.) L. 2. C. (IV. 47.)

114) L. 18. §. 21. D. (50. 4.) Tit. Cod. de cursu publico (XII. 52. (51.))

115) L. 6. §. 4. 5. L. 18. §. 25. D. (50. 4.)

116) Renaud, Reallasten S. 50 flg. A. M. ist Duncker, Reallasten S. 176 flg., 179 u. 180 flg.

und Communallasten, überhaupt alle Grundlasten publicistischen Charakters, welche in Staats- oder Gemeindebürgerpflichten ihren Grund haben, z. B. Deichlast, Siellast, Nachsteuer und Abschoß, jetzt noch von dem Begriffe der Reallasten getrennt werden, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß Praxis und Landesgesetzgebung sie häufig auch unter den Reallasten mit begriffen hat[117]). Diese publicistischen Verhältnisse gehören nicht in das Privatrecht. Nur die privatrechtlichen Lasten dieser Art können als Reallasten im eigentlichen Sinne betrachtet werden und dazu gehören die Grundzinsen, Zehnten und Realfrohnen, also auch die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, deren ursprünglich publicistischer Charakter im Laufe der Zeit sich verloren hat und ein privatrechtlicher geworden ist. Was die Grundlasten publicistischen Charakters anlangt, so mag dazu, daß man auch sie hierher zählte, einmal ihre unverkennbare Aehnlichkeit mit den privatrechtlichen Grundlasten in ihrer äußeren Erscheinung und in ihren Wirkungen, und dann der Umstand beigetragen haben, daß in der älteren Zeit zwischen öffentlichem und Privatrecht nicht so genau unterschieden wurde, vielmehr beide häufig zusammenflossen. Daher hat man auch die possessorischen Rechtsmittel und dinglichen Klagen des römischen Rechtes darauf angewendet. Eine andere Frage ist die, ob nicht die römischen Grundsteuern Einfluß auf die Bildung der teutschen Reallasten gehabt haben. Sie ist zu bejahen. Die römische Grundsteuer wurde in dem fränkischen Reiche sowie in anderen in früher römischen Provinzen neu gegründeten germanischen Reichen an den König ebenso wie früher an den Kaiser entrichtet. Im fränkischen Reiche bestand der zur Zeit der römischen Herrschaft stattfindende Unterschied zwischen Grundsteuer und Personal- oder Kopfsteuer fort[118]); in den Capitularien werden beide unter dem Namen census, census regalis, erwähnt[119]), und es wird hinsichtlich der Grundsteuer bestimmt, daß jeder Erwerber steuerbarer Grundstücke solche bezahlen müsse[120]). Die im römischen Rechte bestimmte Verpflichtung des jeweiligen Besitzers des Grundstückes, auch für die von seinen Vorbesitzern rückständig gelassenen Grundsteuern zu haften[121]), fand auch in den neuen germanischen Reichen statt[122]). Es war wohl ganz

117) S. z. B. die in Note 112 angeführten Gesetze.

118) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 88.

119) Capit. 2. de an. 805. c. 20. Cap. 3. de an. 812. c. 11. Census bedeutet aber in den Capitularien oft auch alle Abgaben, sie mögen an den Regenten, oder an den Grundherrn entrichtet werden. Vgl. die bei Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 175, N. 2 angeführten Stellen.

120) Capit. 3. de an. 812. c. 11.

121) Renaud a. a. O. S. 50, N. 130 findet in L. 7. pr. D. (29. 4.) nur eine zu Gunsten des römischen habgierigen Fiscus gegebene singuläre Vorschrift, mit Unrecht, da das kaiserliche Rescript, welches der Jurist anführt, wohl schwerlich diese Haftung erst eingeführt hat.

122) L. 2. C. (IV. 47.) welche solche ebenfalls ausspricht, ist auch im theodosischen Codex als L. 1. Th. C. (XI. 3.) Da der theodosische Codex auch in

natürlich, daß die in privatrechtlichen Verhältnissen auferlegten Abgaben ganz nach den Mustern dieses schon bekannten Verhältnisses behandelt wurden, namentlich die Grundzinsen, die aus verschiedenen Gründen auferlegt wurden. Es dürfte sich demnach die Behandlung der eigentlichen Reallasten nach dem Muster der römischen, in den neuen germanischen Reichen beibehaltenen Grundsteuer auch geschichtlich rechtfertigen lassen. Streitig ist, ob der Begriff der Reallasten auf solche Leistungen zu beschränken sei, welche zu bestimmten Zeiten wiederkehren. Es kann diese Beschränkung aber nicht als zum Wesen derselben gehörig angesehen werden; denn da unserer Ansicht nach das Wesen der Reallasten nur darin zu suchen ist, daß ein Grundstück als zu einer Leistung verpflichtetes Subject erscheint, so kann darauf, ob die Leistung regelmäßig oder unregelmäßig wiederkehrt, nichts ankommen, zumal unter den Realfrohnen, welche doch fast überall zu den Reallasten gezählt werden, solche vorkommen, die nur, wenn ein zufälliges Bedürfniß dazu vorhanden ist, geleistet werden [123]). Zu den Reallasten werden außer den oben genannten von Anderen noch andere Lasten gezählt; die Ansichten darüber sind sehr verschieden. Manche rechnen hierzu auch gewisse polizeiliche Einschränkungen, die aber eben wegen ihres polizeilichen Charakters nicht hierher gehören; Manche gewisse Beschränkungen des Grundeigenthums, wie das Näherrecht; Manche den emphyteutischen Kanon, den Erbpachtzins, die Lehendienste, die Lehenwaare, bei denen doch vielmehr die Verpflichtung auf vertragsmäßiger Unterwerfung beruht; Manche das Mortuarium, welches deshalb nicht hierher gehört, weil es eine Last der Leibeigenschaft ist [124]), wohl aber seine ursprüngliche Natur mitunter verloren und den Charakter einer Reallast angenommen hat. Auf die Lehenwaare werden indeß häufig nach Partikularrechten die possessorischen Rechtsmittel und die dinglichen Klagen angewendet. Die oben angegebenen privatrechtlichen Reallasten, Zinsen, Zehnten und Frohnen haben zwar auch häufig in Herrschaftsverhältnissen, welche zur Zeit ihrer Entstehung zu den öffentlichen Gewalten gehörten, wie in der Vogtei, Leibherrschaft und Gutsherrschaft, ihren Grund gehabt; diese Verhältnisse haben aber mit der Ausbildung der Idee des Staates im neueren Sinne ihren Charakter als öffentliche Gewalten verloren oder sind durch Gesetzgebung abgeschafft oder von selbst außer Anwendung gekommen. Wo ein in solchen Verhältnissen begründeter Ursprung erweislich ist, kann man die auferlegten Leistungen nicht als Reallasten betrachten, indem sie vielmehr auf einer Herrschaft über die Person oder auf dem bäuerlichen genossenschaftlichen Verbande, dessen Spitze die Gutsherrlichkeit bildete, beruhen, wenn auch gleich diese Leistungen mit

---

einzelnen germanischen Reichen in Anwendung blieb, so ist die Fortdauer des alten Verhältnisses sehr wahrscheinlich.

123) Duncker a. a. O. S. 59, 60.

124) Gerber, teutsch. Privatr. §. 168, N. 2.

einem Grundstücke verbunden sein können[125]). Die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten insbesondre, insoweit sie auf dem bäuerlichen genossenschaftlichen Verbande und dessen Unterordnung unter den Gutsherrn beruhen, sind mit Weiske[126]) ursprünglich am richtigsten als Ortslasten aufzufassen, als Ausflüsse des Ortsrechtes, Statut, Satzung oder Herkommen, so daß die Frage, ob sie auf dem Grundstücke haften oder nicht, in den Hintergrund tritt. Weiske nimmt davon diejenigen Lasten aus, welche infolge eines besonderen Privatrechtstitels auf einem bestimmten Gute haften. Es reicht dies aber nicht hin. Die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten können nur insoweit als Ausflüsse des Ortsrechtes angesehen werden, als gewisse Leistungen gleichförmig entweder der ganzen bäuerlichen Genossenschaft oder einzelnen Klassen derselben obliegen, was namentlich häufig bei gewissen Diensten und Frohnen der Fall ist. Hingegen in Ansehung der Zinsen, bestehen sie in Geld oder Naturalien, wird eine solche Gleichförmigkeit der Leistungen selten vorkommen; kommt sie vor, dann gilt dasselbe, was von den Frohnen gesagt ist. Leistungen, welche nicht gleichförmig der ganzen bäuerlichen Genossenschaft oder einzelnen Klassen derselben obliegen, wird man aber als Ausflüsse des Ortsrechtes schon deshalb nicht behandeln können, weil, wenn auch eine derartige Leistung allen Mitgliedern der bäuerlichen Genossenschaft oder einzelnen Klassen derselben, wie den Häuslern u. s. w. obliegt, doch der Umstand, daß keine gleichförmige Regel über die Qualität und Quantität der Leistung vorhanden ist, die Annahme eines Ortsrechtes hindert. Somit werden die Zinsen der Bauergüter, welche fast bei jedem Gute in Qualität und Quantität verschieden sind, meistens nur als privatrechtliche Lasten und als Reallasten angesehen werden können, und es hinsichtlich ihrer nur auf ihre specielle Begründung und Verknüpfung mit dem bestimmten Grundstücke durch Vertrag oder Verjährung ankommen[127]). Die Auffassung der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten als Ausflüsse des Ortsrechtes ist aber im geltenden Rechte nicht zur Geltung gekommen; vielmehr sind, nament-

125) Gerber a. a. O. betrachtet sie schlechthin als Reallasten; Duncker a. a. O. S. 220 flg. unterscheidet hinsichtlich der Dienste, ob solche bei Verleihung des Gutes von dessen Uebernehmer versprochen, oder bei Uebertragung des Eigenthums vorbehalten sind, oder ihren Grund im Hofrechte, oder aus der Vogtei entstanden sind. Im ersten und dritten Falle sieht er sie als persönliche, im zweiten und vierten als Reallasten an, die vorbehaltenen aus demselben Grunde, wie die reservirten Zinsen.

126) Weiske, Gutsherrlichkeit S. 100.

127) A. M. ist Weiske a. a. O. S. 101, welcher auch Erb- und Erbpachtzinsen, auf welche Grundstücke von Gutsherren durch vertragsmäßige Bestellung ausgethan worden sind, als gutsherrliche, also als öffentlich rechtliche Lasten behandelt wissen will. Wenn die Verleihung eines Grundstückes gegen einen Zins von Seiten des Herrn in die ältere Zeit zurückfällt, wo der Staatsverband noch nicht hinreichenden Schutz gewährte, kann man diesen Gesichtspunkt allenfalls gelten lassen; für die neuere Zeit aber halten wir ihn für nicht haltbar.

lich in Sachsen, dieselben immer als Gegenstand des Besitzes, possessorischer und petitorischer Rechtsmittel, überhaupt der gewöhnlichen gerichtlichen Rechtsverfolgung angesehen worden, was, wenn man sie als öffentlich rechtliche Lasten betrachtet hätte, ebensowenig statthaft gewesen wäre, als bei Steuern und Communallasten. Sie werden also regelmäßig, insofern sie auf bestimmten Gütern haften, als privatrechtliche Reallasten angesehen werden müssen, und nur insoweit ist ihrer ursprünglich publicistischen Natur noch Wirksamkeit beizulegen, als ihre Begründung außer durch Vertrag und Verjährung an einem einzelnen Grundstücke, durch Gesetz, Statut oder Herkommen (Gewohnheitsrecht) zulässig ist, und zum Beweise des Herkommens genügt, wenn dieselbe Leistung in mehreren vorgekommenen Fällen gleichförmig von den Ortseinwohnern oder von Mitgliedern einer bestimmten Klasse der bäuerlichen Genossenschaft während längerer Zeit entrichtet worden ist. — Auch das Witthum, die Apanage und die Leibzucht können den Charakter als Reallasten erhalten; es hängt dies aber von der Art ihrer Bestellung ab[128]). — Für die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung fehlt es an einem entsprechenden Kunstausdrucke. Der Ausdruck Realrecht, Realberechtigung begreift viel mehr. Unter Realrecht werden Befugnisse verstanden, welche an den Besitz eines gewissen Grundstückes geknüpft sind[129]). Die römischen Prädialservituten sind hierunter mit begriffen; der Unterschied der teutschen Realrechte von diesen besteht aber darin, daß sie nicht, wie die Servituten, den unmittelbaren Vortheil des Grundstückes, an welches das Recht geknüpft ist, bezwecken. Auch die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung des Besitzers eines bestimmten Grundstückes wird unter den Realrechten mit begriffen; außerdem können diese Realrechte auch Pertinenzien der Grundstücke sein, auf welchen das Recht ruht, oder sie kommen ohne alle Beziehung auf die ihnen entsprechenden Reallasten und ohne innere Beziehung auf den Vortheil des Gutes nur so vor, daß der Besitz des Grundstückes, worauf das Recht haftet, nur eine zur Ausübung des Rechtes gehörige Bedingung ist, neben welchem Besitze bisweilen noch besondere persönliche Qualification dessen, der das Recht ausüben will, erforderlich ist[130]). Dieser gewöhnliche Begriff der teutschen Realrechte

128) Indessen ist dies bestritten, namentlich rücksichtlich des bäuerlichen Auszuges oder Altantheiles. Vgl. Duncker a. a. O. §. 44—46, S. 187—190. In mehreren sächsischen Ländern ist der Auszug für Reallast erklärt, wenn der Vertrag, wodurch er bei der Uebertragung des Eigenthums vorbehalten ist, die Bestätigung des Richters der gelegenen Sache erhalten hat. K. sächs. erl. P. O. Tit. XXXIX, §. 11. Rescript v. 28. Februar 1726. Altenb. P. O. P. I. Cap. 35, §. 14. Goth. P. O. P. I. Cap. 35. §. 12.

129) Phillips, teutsch. Privatr. §. 121, 3. Ausg. Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 347 flg. Reyscher, würtemb. Privatr. Bd. I, §. 245 flg. Mittermaier, Grunds. des teutsch. Privatr. §. 173 a.

130) Mittermaier a. a. O. Eine eigenthümliche Erklärung des ius reale als einer teutschen Realversicherung, als eines eigenthumähnlichen Rechtes an

ist aber zu eng gefaßt; es sind unter Realrechten nicht allein die an den Besitz eines bestimmten Grundstückes geknüpften Rechte zu verstehen, sondern auch diejenigen Befugnisse, welche ohne die Voraussetzung des Besitzes eines Grundstückes als unbewegliche Sachen behandelt werden, gleich diesen im Verkehr sind, veräußert und vererbt werden können. Es gehören dazu namentlich Gerechtigkeiten zur Ausübung gewisser Gewerbe. Die sog. Realgewerbsrechte kommen nicht blos als mit einem bestimmten Grundstücke verbunden vor[131]), sondern auch als selbstständige an ein Grundstück nicht geknüpfte Gerechtigkeiten, welche vererblich und veräußerlich sind, und den Immobilien gleich geachtet werden, z. B. Apothekergewerbe, Backgerechtigkeit, Badergerechtigkeit u. s. w.[132]). — Die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung wird von den Neueren häufig auch mit dem Ausdrucke Reallast bezeichnet. Diese Berechtigung kann einer physischen und moralischen Person zustehen, oder mit einem Amte verknüpft, oder mit einem Grundstücke verbunden sein. Die Berechtigung ist ein dingliches Recht[133]), wenn es auch auf eine Leistung des Besitzers des verpflichteten Grundstückes gerichtet ist. Allerdings kann eine Handlung nicht unmittelbarer Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein; wohl aber kann das Recht, eine Leistung zu fordern, Ausfluß eines dinglichen Rechtes und auf diese Weise mittelbarer Gegenstand desselben werden. Auch bei der Eigenthumsklage und anderen dinglichen Klagen kann der beklagte Besitzer zu mannigfachen Leistungen in Ansehung der Herausgabe der Nutzungen und des Ersatzes des der Sache zugefügten Schadens verbunden sein; diese Obligationen sind Ausflüsse des dinglichen Rechtes und werden auch mit der dinglichen Klage verfolgt, so daß nicht etwa die dingliche Klage besonders auf Anerkennung des dinglichen Rechtes allein gerichtet wäre, und daneben noch eine persönliche Klage gegen den Besitzer wegen der Früchte u. s. w. stattfände. Es läßt sich aber auch das Recht auf Leistungen als ein selbstständiges dingliches Recht denken. Dies ist der Fall bei den Reallasten. Unmittelbarer Gegenstand der Berechtigung ist die auf der Sache ruhende Last, die Handlung, welche der Besitzer vorzunehmen hat, ist nur der mittelbare Gegenstand.

---

einer bestimmten Sache wegen eines darauf haftenden Capitales giebt Weiske a. a. O. S. 46—57 jedoch mit besonderer Berücksichtigung des sächsischen Rechtes. S. oben.

131) Ueber diese vgl. Reyscher, in der Zeitschr. f. teutsch. Recht Bd. V, S. 53 flg.

132) Einzelne Landesgesetze, welche solche Gerechtigkeiten als unbewegliche Sachen behandeln, namentlich hinsichtlich der Bestellung einer Hypothek daran, sind das Weim. Eisen. Ges. v. 25. Juni 1847. Altenb. Ges. v. 13. October 1852, §. 11, 27. S. Heimbach, Lehrbuch des partikul. Privatr. der zu den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder Bd. II, S. 197, 198.

133) Vgl. die nähere Begründung dieses Satzes bei Duncker a. a. O. §. 15. S. 61—69.

Wenn auch die Klage gegen den Besitzer des verpflichteten Grundstückes oft nur auf die fälligen Leistungen gerichtet ist, so ist sie doch darum keine persönliche; denn immer muß sie, abgesehen vom bloßen Besitzstreite, durch die Behauptung begründet werden, daß die Berechtigung, auf deren Grund diese Leistungen gefordert werden, zustehe; bestreitet der Besitzer die behauptete Berechtigung im Ganzen nicht, so kommt diese natürlich nicht weiter in Frage; bestreitet er sie aber, so muß sie, obgleich Gegenstand der Klage nur einzelne Prästationen sind, dargethan werden; die einzelnen Leistungen können immer nur als Ausflüsse des Rechtes gefordert werden. Hiernach erscheint die Klage auch auf fällige Prästationen als eine dingliche; denn wollte man das Recht im Ganzen von dem Rechte auf die fälligen Leistungen trennen, ersteres für ein dingliches, letzteres für ein persönliches auf einer Obligation beruhendes halten, so käme man zu dem sonderbaren Resultate, daß die auf die fälligen Prästationen gerichtete Klage aus einer persönlichen sofort zur dinglichen würde, wenn der Beklagte das behauptete Recht bestreitet, und daß es mithin nur von dem ganz zufälligen Umstande, ob der Beklagte das in der Klage behauptete Recht ohne weiteres zugesteht, abhinge, ob die Klage eine persönliche bleibe. Eine Consequenz der hier vertheidigten Theorie, wornach das belastete Grundstück das verpflichtete Subject ist, besteht darin, daß der Besitzer für alle rückständigen Leistungen auch aus der Zeit seiner Vorbesitzer haftet und sich den Besitz des Grundstückes nur durch deren Abführung erhalten kann. Dies ist gerade der am meisten bestrittene Punkt. Duncker hat zur Begründung dieser Haftung sich auf das Recht des Rentenkäufers an dem mit der Rente belasteten Grundstücke berufen[134]) und da er dieses Recht als Normaltypus für die übrigen Reallasten ansieht, auch bei den anderen Reallasten eine solche Haftung angenommen. Für das Recht des Rentenkäufers ist seine Ansicht von Albrecht als richtig anerkannt, dieselbe aber hinsichtlich anderer Reallasten bestritten worden[135]); hingegen haben Andere sie wieder in Schutz genommen[136]). Nicht zu leugnen ist, daß die Mehrzahl der Rechtslehrer sich gegen die Haftung des jeweiligen Besitzers für die Rückstände seiner Vorbesitzer erklärt[137]); daß auch in den Partikulargesetzgebungen dieselbe keinen Anklang

134) Duncker a. a. O. S. 76 flg.

135) Albrecht in Richter, krit. Jahrbücher für teutsche RW. (1839) S. 312 flg.

136) So Phillips, teutsches Privatr. §. 117, obgleich derselbe die Meinung, daß das belastete Grundstück das verpflichtete Subject sei, nicht theilt; Reyscher, würtemb. Privatr. §. 255. Gegen diesen hat sich wieder Wächter, Erörterungen Heft I, Nr. 6, S. 127 flg. erklärt. Beide behandeln die Frage hauptsächlich vom Standpunkte des würtembergischen Rechtes.

137) Auch Weiske a. a. O. S. 85 erklärt sich dagegen; er sollte doch aber hinsichtlich der gutsherrlichen auf bestimmten Grundstücken ruhenden Lasten eine Ausnahme machen, da er sie als öffentlich rechtliche betrachtet und für Staatsabgaben gemeinrechtlich das Grundstück haftet.

gefunden hat. Am deutlichsten zeigt sich dies im Concurse. Die Reallasten werden, soweit sie von Ausbruch des Concurses an fällig werden, allgemein als Masselasten betrachtet; die vor Ausbruch des Concurses verfallenen werden nach der gemeinen Meinung als Forderungen gegen den Cridar angesehen; über deren Stelle unter den Gläubigern sind aber die Ansichten wieder abweichend, indem Einige ihnen ein absolutes Vorzugsrecht beilegen und daher einen Platz in der ersten Klasse einräumen, Andere jedes Vorzugsrecht ihnen absprechen und sie mithin in die fünfte Klasse verweisen[138]). Viele Partikulargesetze räumen aber den vor Ausbruch des Concurses fällig gewordenen Reallasten ein absolutes Vorzugsrecht ein[139]), einige, namentlich ältere, ohne Beschränkung auf eine Zeit des Rückstandes, andere mit Beschränkung auf die Rückstände aus den letzten der Concurseröffnung vorhergegangenen Jahren. Der Grund dieses Vorzugsrechtes läßt sich in keiner stillschweigenden Hypothek suchen, die nach gemeinem Rechte nur den fiscalischen Abgaben zusteht, sondern in der Ansicht, daß die aus Reallasten verfallenen Leistungen schon wegen des zum Grunde liegenden Rechtes privilegirt seien. Bei der Uebereinstimmung so vieler Partikulargesetze darin, muß die Ansicht von diesem Vorzugsrechte der Reallasten als die in der früheren Zeit herrschende angesehen werden. Sie beruht wohl darauf, daß man die Natur der Reallasten als Lasten des verpflichteten Grundstückes, und deren eigentliches Wesen, welches zu der Haftung des Besitzers für die Rückstände des Vorbesitzers führt, verkennend zwar die verfallenen Leistungen als Forderungen an den Cridar ansah, dennoch aber in Ahnung der eigentlichen Natur der Reallasten diesen Leistungen ein so bedeutendes Vorzugsrecht beilegte, daß solche zur Befriedigung kommen mußten, wodurch die dem Berechtigten nachtheilige Annahme einer bloßen Forderung an den Cridar vollständig wieder ausgeglichen und ein für den Berechtigten gleich günstiges Resultat erzielt wurde, als wenn man directe Haftung des Grundstückes angenommen hätte. Namentlich mögen davon diejenigen Gesetze ausgegangen sein, welche den rückständigen Leistungen ein absolutes Vorzugsrecht ohne Beschränkung auf eine Zeit des Rückstandes beilegen. Auch die in vielen Partikulargesetzen erfolgte Gleichstellung der privatrechtlichen Reallasten mit den öffentlichen Grundsteuern und überhaupt mit den auf dem Staats- und Communalverbande beruhenden Lasten der Grundstücke ist ein Beweis dafür, daß man in der That das Grundstück als belastet, dieses als das verpflichtete Subject ansah, wenn man auch über die daraus zu ziehenden Consequenzen sich nicht klar war. —

138) Vgl. über diese Controverse Dabelow, Concurs S. 607. Schweppe, Syst. des Concurses der Gläubiger §. 41.

139) Vgl. die in Note 112 angeführten Gesetze der sächsischen Länder. Die Zahl dieser Partikulargesetze könnte noch bedeutend vermehrt werden. Vgl. z. B. würtemb. Prioritätsgesetz v. 1825 Art. 4, Nr. 4. Weim. Eis. Prioritätsgesetz v. 7. Mai 1839 §. 51.

Daß der Besitzer des mit der Reallast behafteten Grundstückes sich durch Dereliction desselben von den schon fällig gewordenen Leistungen befreien könne, ist allgemein anerkannt[140]) und wird selbst von denen zugegeben, welche das Grundstück nicht als das verpflichtete Subject ansehen[141]). Dies spricht entschieden für die hier vertheidigte Ansicht. Ist durch den Besitz für den Besitzer eine besondere Verpflichtung hinsichtlich der fälligen Leistungen entstanden, so könnte er sich durch Dereliction ebensowenig davon befreien, als er dies durch Veräußerung des Grundstückes an einen Anderen zu thun vermöchte; denn Dereliction ist keine Art der Aufhebung der Obligationen. Man vindicirt ihr zwar solchenfalls den Charakter einer datio in solutum[142]); allein eine solche ist sie nicht, da zur datio in solutum Zustimmung des Gläubigers gehört, die Dereliction aber wider des Berechtigten Willen erfolgt; und wenn jene datio in solutum in der Dereliction deshalb gefunden wird, weil es dem Berechtigten nun freistehe, sich für alle seine Forderungen aus der Substanz zu befriedigen, oder das Grundstück auf einen Anderen unter der Bedingung zu übertragen, daß er die noch darauf ruhenden Verpflichtungen übernehme, so ist ja eben damit, daß auch die verfallenen Leistungen auf der Sache haften, vollständig anerkannt.

II. Besitz bei den Reallasten und die possessorischen Rechtsmittel[143]). Das ältere teutsche Recht kennt den im römischen Rechte ausgeprägten Unterschied zwischen Possessorium und Petitorium nicht, weil die Schnelligkeit des Verfahrens die vorläufige Regulirung des Besitzstandes und die darauf folgende Entscheidung über das Recht selbst entbehrlich machte. Allein schon die ältesten teutschen Rechtsquellen enthalten das Verbot der Selbsthilfe und verpflichten bei widerrechtlicher Besitzstörung und Besitzentsetzung den Thäter nicht nur zur sofortigen Restitution des Besitzes, sondern bedrohen ihn noch außerdem mit einer Geldbuße[144]). Nach den Rechtsbüchern des Mittelalters wird die Gewere als solche, das bloße factische Innehaben oder Detention durch den Richter geschützt[145]); selbst wer solche auf unrechtliche Weise

---

140) Duncker a. a. O. S. 78 flg. Renaud a. a. O. S. 97 flg. Phillips a. a. O. §. 118.

141) Gerber in Richter, krit. Jahrb. für teutsch. RW. 1846 S. 786. Derselbe hat indeß seine Ansicht im System des teutschen Privatr. §. 170, N. 3 modificirt und behauptet, daß Dereliction oder Veräußerung nur von den künftigen, nicht von den während des alten Besitzes fälligen Leistungen befreie, was unrichtig ist.

142) Gerber a. a. O. S. 786.

143) Vgl. besonders Duncker, Reallasten §. 21, 22. Derselbe über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlichen teutschen Rechte u. s. w. in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. II, H. II, S. 28 flg. Renaud, Reallasten §. 5, S. 64—80. Weiske, Gutsherrlichkeit S. 82 flg. Der Ausführung von Duncker ist man hauptsächlich gefolgt.

144) Pact. leg. Sal. Tit. XVIII. §. 1—3. Tit. LXIV. §. 1. Lex Boioar. Tit. X. c. 1. c 2 §. 1. 2. Tit. XVI. c. 1. §. 1.

145) Albrecht, Gewere S. 5.

erlangt hat, kann sie nur durch gerichtliches Verfahren wieder verlieren[146]); wer der Gewere widerrechtlich beraubt ist, hat blos die Entwerung zu beweisen und wird dann sofort ohne weitere Verhandlung über das Recht in den Besitz wieder eingesetzt. Noch bestimmter ist der richterliche Schutz der Gewere als solcher in älteren normannischen, englischen und französischen Rechtsquellen ausgesprochen[147]). Die Gewere wurde nicht blos dann geschützt, wenn ihr Gegenstand in körperlichen Sachen bestand, sondern überhaupt in allen Fällen, wo überhaupt eine Gewere stattfand, namentlich wenn Leistungen ihren Gegenstand ausmachten[148]). Wer die Gewere gewaltsam verletzte, mußte nicht blos restituiren und den Schaden ersetzen, sondern wurde auch mit einer Strafe belegt, welche nach der Art der angewendeten Gewalt bald eine Geldbuße, bald die Strafe des Friedensbruches war, ohne Unterschied, ob die Gewere einer körperlichen oder unkörperlichen Sache (Zinsgewere) verletzt worden war. Auch in den geistlichen Gerichten beschränkte man den Schutz des Besitzes nicht blos auf die im römischen Rechte enthaltenen Fälle, sondern ließ solchen auch in den dem teutschen Rechte eigenthümlichen Verhältnissen zu. Der im teutschen Rechte gewährte Schutz des Besitzes ging weiter als das römische Recht. Während letzteres nur den juristischen Besitz körperlicher Sachen und einzelner Servituten schützt, schützt das teutsche Recht die Gewere überhaupt, also bei körperlichen Sachen die Detention, und die Ausübung aller Rechte, welche auf der Gewere beruhten. Die Reception des römischen Rechtes hat hier nicht das teutsche verdrängt, sondern es ist hier so, wie in den Fällen, wo ein Institut dem fremden, wie dem einheimischen Rechte bekannt war, gegangen; es hat kein Recht ausschließliche Geltung erlangt, sondern es entstand aus der Verschmelzung beider ein neues Institut, dessen Form zwar durch das römische Recht vorherrschend bestimmt, dessen Stoff und Inhalt durch das teutsche Recht aber erweitert worden ist, in der Art, daß ein possessorischer Schutz in der Ausübung mehrerer eigenthümlich teutscher Rechte fortwährend anerkannt wurde. Der Beweis dieses durch das teutsche Recht bei den ihm eigenthümlich angehörigen Verhältnissen angenommenen Quasibesitzes und demselben gewährten possessorischen Schutzes läßt sich weniger aus dem kanonischen Rechte und den Reichsgesetzen führen, weil die Entscheidungen dieser Quellen nur eine Anerkennung der schon vorher durch die Praxis begründeten Rechtsansicht enthalten, als vielmehr aus Urkunden über einzelne Rechtsgeschäfte. Aus Urkunden, welche bis in das 12. Jahrhundert hinaufreichen, ergiebt sich, daß die Ausübung der auf der Gewere beruhenden Rechte eines von den Bestimmungen des römischen

---

146) Albrecht ebd. §. 3.

147) Vgl. darüber Mittermaier, der gem. teutsche Proceß Beitr. 4, S. 197 flg.

148) Albrecht a. a. O. S. 17, N. 47.

Rechtes ganz unabhängigen possessorischen Schutzes genossen hat; doch zeigt sich in einzelnen Urkunden, namentlich in dem Gebrauche des aus dem römischen Rechte entlehnten Kunstausdruckes quasi possessio das Bestreben der mit demselben vertrauten Juristen, die teutschrechtlichen Institute auf das römische zurückzuführen, oder wenigstens an dasselbe anzuschließen [149]). Das kanonische Recht erwähnt den Quasibesitz bei Ausübung eigenthümlicher teutscher Rechte, z. B. eine possessio iuris parochialis [150]), den Quasibesitz des einer geistlichen Corporation zustehenden Wahlrechtes [151]), eine quasi possessio iuris patronatus [152]), eine possessio affictuum et pensionum [153]), den Besitz des Zehntrechtes [154]); der Grund der teutschen Rechtsansicht kann aber in diesen Stellen nicht gefunden werden; vielmehr hat sich das kanonische Recht der schon vorher bestehenden Rechtsansicht angeschlossen und seine Entscheidungen darauf gestützt. Auch die Reichsgesetze erkennen einen vom Richter zu schützenden Quasibesitz gewisser Rechte an [155]), sowie sie umgekehrt, wo ein Besitz des Rechtes nicht vorhanden ist, eine possessio libertatis auf Seiten des Gegners annehmen [156]). Ausdrücklich wird in mehreren Reichsgesetzen der possessio und der Gewere unkörperlicher Sachen und Gerechtigkeiten richterlicher Schutz verheißen [157]). — Das Princip des teutschen Rechtes, welches darüber entscheidet, in welchen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen sei, ist: Ein Quasibesitz wird durch die Ausübung aller Rechte begründet, an welchen nach den Grundsätzen des älteren Rechtes eine rechte Gewere stattfindet, oder welche, wie man jetzt sagt, auf Grund und Boden radicirt sind. Dahin gehören nicht blos die auf ein einzelnes Grundstück als verpflichtetes Subject bezüglichen Rechte, sondern auch die über einen ganzen Bezirk, über ein ganzes Territorium sich erstreckenden und daher gegen jeden Bewohner desselben verfolgbaren Befugnisse. Die einzelnen hierher gehörigen Rechte lassen sich nur aus dem älteren Rechte nachweisen. Bei mehreren wird in den älteren Rechtsquellen die daran stattfindende Gewere ausdrücklich erwähnt, so bei den gekauften Renten [158]), bei dem Zehnten [159]),

149) Vgl. die Urkundenauszüge bei Duncker, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. II, S. 39—47.

150) Cap. 2. X. (II. 6.) cap. 17. X. (II. 13.)

151) Cap. III. X. (II. 12.)

152) Cap. 24. X. (I. 6.) c. 19. X. (III. 38.)

153) Cap. 19. X. (II. 13.)

154) Cap. 6. 19. X. (II. 26.)

155) Reichsabsch. v. 1548 §. 59. Instrum. pac. Osnabrug. art. 5. §. 46. 47. 48.

156) Reichsabsch. v. 1576 §. 20, 104, von 1567 §. 52, von 1594 §. 16.

157) Landfrieden v. 1548 Eing. §. 1. Reichsabschied von Trier und Köln v. 1512 Th. I, Tit. IV, §. 12.

158) Vgl. Duncker, Reallasten §. 16, S. 71.

159) Ebd. §. 53, S. 223 und die in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. II, S. 40 flg. abgedruckten Stellen aus Urkunden Nr. VII, VIII, X, XI.

bei anderen Grundzinsen[160]; auch kommt eine rechte Gewere am Patronatrechte vor[161]). Das allgemeine Merkmal, nach welchem sich die in diese Kategorie gehörigen Rechte bestimmen lassen, ist deren Fähigkeit, zu Lehen gegeben zu werden. Denn die Regel des longobardischen Lehenrechtes[162]), daß ein Lehen nur an Grundstücken, oder an Sachen, welche mit Grund und Boden zusammenhängen, oder zu den unbeweglichen gezählt werden, bestellt werden könne, entspricht der Regel des teutschen Rechtes, nach welcher die Bestellung eines eigentlichen Lehens nur an solchen Sachen statthaft ist, an welchen eine rechte Gewere stattfindet[163]); daher ist bei allen nach älterem Rechte zur Infeudation fähigen Sachen der Schluß auf deren Radicirung auf Grund und Boden zulässig. Als lehensfähiges Object galt in Teutschland von jeher auch die Staatsgewalt im ganzen und die einzelnen in ihr begriffenen Hoheitsrechte, also als auf Grund und Boden radicirte Rechte; dies wurde analog auf die Kirchengewalt und die einzelnen darin enthaltenen Rechte angewendet. Es kann auch bei den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten ein Quasibesitz stattfinden, und ist auch, namentlich in Sachsen, für zulässig erachtet worden[164]), und es kann ein Bedenken dagegen aus deren öffentlich rechtlicher Natur nicht entlehnt werden, da Hoheitsrechte und andere dem öffentlichen Rechte angehörige Befugnisse auch eines Quasibesitzes für fähig erachtet worden sind. Während dem römischen Rechte nur ein solcher Quasibesitz bekannt ist, welcher der Ausübung der Rechte, bei welchen ein solcher stattfinden kann, durch die Vornahme gewisser Handlungen von Seiten des Berechtigten oder die Unterlassung derselben von Seiten eines Dritten begründet wird, kennt das teutsche Recht eine Reihe dinglicher Rechte, deren Ausübung nur durch Vermittelung eines Dritten, welcher seinerseits bestimmte positive Handlungen vorzunehmen hat, stattfinden kann; es ist der Erwerb des Besitzes dieser Rechte nur dadurch möglich, daß die denselben entsprechenden Handlungen von dem Dritten vorgenommen werden. Zu diesen Rechten gehören nicht blos die eigentlichen Reallasten, sondern auch eine Menge anderer Befugnisse, deren Charakter in dem Vorigen bezeichnet worden ist. Die Voraussetzungen des Erwerbes des Quasibesitzes sind im allgemeinen die des Erwerbes des Besitzes überhaupt, also corpus und animus. Die erste Voraussetzung liegt vor, wenn der, welcher den Besitz erwerben will, sich in der Ausübung des Rechtes befindet, mithin wenn ihm die auf dem Grundstücke haftenden Dienste

160) Vgl. die angez. Zeitschr. a. a. O. S. 41, Stelle Nr. IX.

161) In einer Urkunde von 1313. S. Duncker in der ang. Zeitschrift a. a. O. S. 50.

162) II. F. 1. §. 1.

163) Schwäb. Lehenr. Cap. 100, §. 6. Cap. 107, §. 8.

164) A. M. ist Weiske, Gutsherrlichkeit S. 82—85, weil er diese Lasten als öffentlich rechtliche ansieht. Daß seine Meinung selbst in Sachsen durch die Gesetze nicht unterstützt wird, ist oben nachgewiesen.

geleistet und die Abgaben entrichtet sind. Einmalige Leistung reicht zur Begründung des factischen Verhältnisses hin[165]. Rücksichtlich der Frage, ob die Ausübung des Rechtes, durch welche der Besitz erworben werden soll, nothwendig auch die wirkliche Vornahme der Handlungen, welche den Inhalt des Rechtes ausmachen, voraussetze, ist so zu unterscheiden. Bei denjenigen Rechten, deren Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten und eine dieser entsprechende Handlung des Dritten geschieht, wird der Besitz erst dann erworben, wenn diese beiden Handlungen wirklich vorgenommen sind. Bei denjenigen Rechten hingegen, welche die von einem Dritten zu beschaffende auf Grund und Boden radicirte Leistung zum Gegenstande haben, wie bei den eigentlichen Reallasten, ist die wirkliche Annahme der Leistung zum Erwerbe des Besitzes nicht nothwendig. Denn die Regel, daß zum Erwerbe des Besitzes körperlicher Sachen nicht das wirkliche Ergreifen derselben oder das Betreten des Grundstückes nothwendig sei, sondern das Dasein der physischen Möglichkeit, dieses unmittelbare Verhältniß zur Sache herzustellen, genüge, ist auch bei Rechten dieser Art anzuwenden; es genügt daher, wenn es von dem Willen des Berechtigten abhängt, die unmittelbare Ausübung des Rechtes vorzunehmen; das corpus ist mithin vollständig vorhanden, wenn der Besitzer des belasteten Grundstückes sich zur sofortigen Beschaffung der Leistung bereit erklärt, obwohl dieselbe nach dem Willen des Berechtigten unterbleibt[166]. Die äußere Handlung, wodurch sich die Ausübung des Rechtes kund giebt, erschöpft jedoch den Begriff des corpus noch nicht; es ist außerdem noch nöthig,

165) Reichsabsch. v. 1548 §. 59. Die Ausnahmen, welche manche Juristen statuiren, sind: 1) die einmalige Ausübung soll nur unter der Voraussetzung genügen, daß eine mehrmalige nicht oft geschehen könne; lasse aber das Recht seiner Natur nach eine öftere Ausübung zu, so sei zur Erlangung des Besitzes auch die Vornahme mehrerer Handlungen erforderlich. Allein cap. 17. X. (II. 13.), worauf man diese Ansicht stützt, vermag dieselbe nicht zu begründen, weil die dort gegebene Entscheidung, daß der Bischof durch die einzige Handlung der Excommunication den Besitz des Parochialrechtes nicht erworben habe, darauf beruht, daß das Recht zur excommunicatio ein Ausfluß der bischöflichen Jurisdiction und nicht des Parochialrechtes ist, der Pfarrer vielmehr vermöge seiner auf den Beichtstuhl sich beziehenden iurisdictio interna zur Ausschließung Einzelner von den Sacramenten (excommunicatio minor), nicht aber zur Belegung einer ganzen Gemeinde mit dem Interdicte, wie in dem in der fraglichen Stelle angeführten Falle, befugt ist. Durch das Aussprechen einer solchen Excommunication konnte mithin auch der Bischof nicht den Besitz des Parochialrechtes erwerben, weil darin keine Ausübung des Parochialrechtes lag. 2) Wenn die einzelne Besitzhandlung von einem Mächtigeren vorgenommen ist, soll diese zum Erwerbe des Besitzes nicht genügen, weil zu vermuthen sei, daß derjenige, welcher einem solchen Dienste und Abgaben geleistet, dieses gezwungen gethan habe. Lyncker, Consil. resp. 113. n. 87. Da diese Vermuthung aber nicht weniger bei den mehrmaligen Leistungen begründet sein würde, so ist kein Grund, sie nur bei der ersten Besitzhandlung gelten zu lassen; consequenter Weise müßte dann jeder derartige Quasibesitz eines Mächtigeren für von vornherein als fehlerhaft angesehen werden. Duncker, in der ang. Zeitschr. a. a. O. S. 59, 60.

166) Duncker a. a. O. S. 60—62.

daß die von dem Dritten vorgenommene Handlung in der Absicht geschehen sei, dem wahren oder angeblichen Rechte des Anderen dadurch Genüge zu leisten; die Entrichung von Reallasten muß also in der Absicht unternommen sein, die auf dem Grundstücke ruhende Last dadurch abzuführen, weil nur hierdurch die Leistung ihre Beziehung auf das Grundstück erhält, durch welche die Annahme den Charakter der Ausübung eines dinglichen Rechtes annimmt[167]. Das zweite Erforderniß zum Erwerbe des Besitzes, der animus, muß bei dem Quasibesitze ebenso, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, bestimmt werden; die Handlung, welche die Ausübung des Rechtes enthält, muß daher von dem Berechtigten in der Absicht vorgenommen werden, um dadurch ein ihm zustehendes Recht auszuüben. Die Analogie des Besitzerwerbes an körperlichen Sachen bringt es mit sich, daß der Quasibesitz durch einen Dritten, selbst durch denjenigen, welcher denselben bisher im eigenen Namen ausübte, erworben werden kann[168]. Der Verlust des Quasibesitzes tritt ein, wie der des Besitzes körperlicher Sachen, also entweder mit dem Aufgeben des animus, wenn der iuris possessor seine bestimmte Absicht an den Tag legt, nicht mehr besitzen zu wollen, oder durch das Aufhören des factischen Verhältnisses zum wirklich oder angeblich beschwerten Grundstücke, so daß dieses Verhältniß nicht wieder willkürlich reproducirt werden kann. Ob die Absicht des Besitzers, den Quasibesitz aufgeben zu wollen, aus der bloßen Unterlassung der Ausübung zu folgern sei, wird lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles nach richterlichem Ermessen zu entscheiden sein; ein bestimmter Zeitraum, nach dessen Ablauf die unterlassene Ausübung als Aufgeben des Besitzes zu betrachten, der Besitz mithin verloren sei, ist nicht vorgeschrieben. Bei dem Quasibesitze sind daher vorzüglich die Zwischenräume zu berücksichtigen, binnen welcher das Recht seiner Natur nach ausgeübt werden kann; selbstverständlich muß der Besitz eines jährlich auszuübenden Zehntrechtes in kürzerer Zeit durch Nichtausübung als aufgegeben angesehen werden, als der Besitz der in größeren Intervallen zu leistenden Baudienste[169]. Natürlich kann die Nichtausübung den Verlust des Quasibesitzes nur dann zur Folge haben, wenn sich die Gelegenheit zur Ausübung des Rechtes wirklich dargeboten hat. Das Aufhören des factischen Verhältnisses und die Unmöglichkeit der willkürlichen Reproduction desselben bewirkt gleichfalls drn Verlust des Quasibesitzes; allein nach der Natur der hierher gehörigen Rechte ist die Frage, wenn dieser Fall eingetreten sei, zu beantworten schwierig. Auch hier ist die Analogie des Verlustes des Besitzes körperlicher Sachen entscheidend.

---

167) Duncker, Reallasten S. 99—101 u. in der ang. Zeitschrift a. a. O. S. 66. Renaud, Reallasten S. 66.

168) Duncker, in der ang. Zeitschrift a. a. O. S. 67 flg. Ueber den Erwerb des Besitzes eines Bannrechtes insbes. vgl. Duncker a. a. O. S. 68—76.

169) Duncker in der ang. Zeitschr. a. a. O. S. 74 flg.

Der Besitz einer körperlichen Sache zeigt sich in der Möglichkeit der unbeschränkten Verfügung über die ganze Sache; die Entziehung dieser Möglichkeit nur nach einer Seite hin bewirkt nur eine Besitzstörung; die Entziehung dieser Möglichkeit in Bezug auf die ganze Sache eine Besitzentsetzung. Wendet man dies auf den Quasibesitz an, so kann, so lange der Berechtigte noch in irgend einer Beziehung das Recht ausübt, von einem Verluste des Besitzes nicht die Rede sein[170]). Was insbesondre die Frage anlangt, unter welchen Voraussetzungen der Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung verloren gehe, so ist diese sehr bestritten. Drei Meinungen haben sich darüber gebildet. Nach der einen ist der Besitz schon durch Unterlassung der Leistung zur gehörigen Zeit verloren; nach einer zweiten gehört dazu die Weigerung des Besitzers des belasteten Grundstückes; nach einer dritten muß zu der Weigerung noch die Beruhigung des bisherigen Empfängers der Leistung dabei hinzukommen. Die erste und dritte dieser Ansichten verdient keine Billigung. Durch das bloße Unterlassen der Leistung nämlich wird eine gänzliche Aufhebung des factischen Verhältnisses noch nicht bewirkt; das factische Verhältniß kann vielmehr, weil vielleicht der Besitzer des belasteten Grundstückes den Verfalltag nicht beachtet hat, oder die Leistung sobald als möglich nachholen will, durch Mahnung vollständig wiederhergestellt werden. Die Unmöglichkeit der Reproduction des factischen Verhältnisses zeigt sich erst, wenn ungeachtet der Mahnung die Leistung verweigert wird. Es muß also, um den Verlust des Quasibesitzes zu bewirken, zu dem Unterlassen der Leistung die Verweigerung des Besitzers des belasteten Grundstückes hinzukommen[171]). Indessen kann, da der Quasibesitz sich nicht blos in der factischen Möglichkeit äußert, eine oder einzelne bestimmte Leistungen zu beziehen, sondern vielmehr in der factischen Möglichkeit, in das Unendliche eine Reihe successorischer Leistungen zu fordern, die Verweigerung einer oder einzelner Leistungen allein nicht den Verlust des Quasibesitzes nach sich ziehen, sondern die Verweigerung, wenn sie diese Folge haben soll, muß

---

170) Wenn daher bei Reallasten ein Theil der Leistung verweigert, ein anderer aber entrichtet wird, oder wenn die Leistung nicht in der bisherigen Weise erfolgt, so liegt darin nur eine Besitzstörung. Duncker a. a. O. S. 76 flg. Bei den sich über einen ganzen District erstreckenden Rechten ist ein Verlust des Besitzes erst dann anzunehmen, wenn die Ausübung des Rechtes innerhalb des ganzen Districtes gehindert wird, wie z. B. bei der Gerichtsbarkeit. Damit ist aber der Fall nicht zu verwechseln, wenn sämmtliche Grundstücke eines Bezirkes einer Reallast unterworfen sind, z. B. dem Zehntrechte. Denn da hier das Recht in Bezug auf jedes einzelne Grundstück eine selbstständige Ausübung zuläßt und daher jedem einzelnen Besitzer gegenüber rücksichtlich seines Grundstückes verloren gehen kann, so ist die Widersetzung gegen die Ausübung des Zehntrechtes von Seiten des Besitzers eines Grundstückes nicht eine Störung des Besitzes des über die ganze Flur zustehenden Zehntrechtes; sie bewirkt vielmehr den Verlust des Besitzes des Zehntrechtes an dem einzelnen Grundstücke. Dasselbe gilt von Bannrechten. Duncker a. a. O. S. 78 flg.

171) Duncker a. a. O. S. 78 flg.

besonders qualificirt sein. Die Gründe der Weigerung können nämlich sehr verschieden sein. Wenn z. B. der Besitzer des pflichtigen Gutes schon bezahlt zu haben behauptet, oder compensiren will, oder infolge erlittener Unglücksfälle einen Erlaß beanspruchen zu können glaubt, so kann man in der aus diesen Gründen geschehenen Verweigerung einer oder einzelner Leistungen nicht eine solche finden, wodurch der Quasibesitz aufgehoben wird, weil immer noch die Möglichkeit bleibt, das factische Verhältniß des iuris possessor zum belasteten Grundstücke hinsichtlich anderer Leistungen zu reproduciren. Nur solche Verweigerungen der Leistung, welche auf dem Grunde der behaupteten Freiheit des Gutes geschehen, können den Verlust des Quasibesitzes bewirken[172]. Daß der bisherige Besitzer sich bei der Verweigerung der Leistung beruhigt habe, kann zum Verluste des Quasibesitzes nicht erforderlich sein, weil schon durch die in der angegebenen Weise geeigenschaftete Verweigerung der Leistung das ganze factische Verhältniß zerstört wird, dies aber schon zum Verluste des Besitzes genügt, ungeachtet der noch immer fortdauernden Absicht, den Besitz nicht aufgeben zu wollen. Wollte man auch jene Beruhigung des bisherigen Empfängers der Leistung bei der Verweigerung für erforderlich zum Verluste des Quasibesitzes annehmen, so entsteht die Frage, wenn eine solche Beruhigung anzunehmen sei und wodurch derselbe an den Tag legen solle, daß er sich nicht beruhigen wolle, deren Beantwortung zu ganz sonderbaren Resultaten führt[173]. Die in Ansehung des Verlustes des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung obwaltende Meinungsverschiedenheit findet in dem Grade in Bezug auf Frohnen nicht statt. Weil nämlich der Leistung der Frohnen regelmäßig vorherige Ansagung derselben vorausgehen muß, so kann durch die bloße Nichtleistung, wenn der Berechtigte die Leistung nicht verlangt hat, der Besitz nicht verloren gehen; dieser Verlust kann nur dann eintreten, wenn die angesagten Dienste nicht geleistet sind, in welcher Nichtleistung dann immer zugleich eine Verweigerung liegt. Mit Unrecht wird behauptet, daß der Besitz nicht angesagter Dienste niemals verloren werde; vielmehr kann ein Aufgeben des Besitzes aus der Nichtforderung der Dienste während längerer Zeit, obwohl die Gelegenheit die Dienste zu verlangen vorhanden war, abgeleitet werden[174]. Hat das Aufhören des factischen

---

172) Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 174, N. 3. Renaud, Reallasten S. 74.

173) Duncker a. a. O. S. 81—84. Daß die Reichsgesetze (Reichsabsch. v. 1548 §. 59. 64.) keine Bestätigung der Ansicht, daß der Besitz durch die bloße Verweigerung der Leistung nicht verloren gehe, enthalten, sondern die Bestimmung des ang. Reichsgesetzes nur eine besondere Begünstigung des Reiches sei, welches durch Steuerverweigerung der Stände nicht in augenblickliche Verlegenheit gesetzt und nicht in einen weitaussehenden petitorischen Proceß verwiesen werden sollte, zeigt Duncker a. a. O. S. 84 mit Berufung auf den Reichsabsch. v. 1576 §. 20.

174) Duncker a. a. O. S. 84 flg.

Verhältnisses seinen Grund in der Handlung eines Dritten, so geht dadurch der Quasibesitz nicht verloren und wird nicht einmal gestört. Denn wenn auch ein Dritter dem Inhaber des belasteten Grundstückes zu leisten verbietet oder die Leistungen für sich einzieht, so kehrt sich entweder der betreffende Gutsinhaber nicht an dieses Verbot und bezahlt fortwährend allein an den bisherigen Besitzer, oder er leistet an beide, an den iuris possessor und an den Verbietenden, oder er verweigert an den bisherigen Besitzer die Leistung, leugnet bezüglich die Pflichtigkeit des Gutes, in welchem letzteren Falle ihm die Störung, bezüglich Entsetzung vom Quasibesitze zur Last fällt [175]). Eine Entsetzung aus dem Quasibesitze durch einen Dritten liegt nicht darin, wenn der Dritte den bisherigen Besitzer an der Vornahme derjenigen Handlungen hindert, welche die unmittelbare Ausübung des Rechtes enthalten; es liegt darin nur eine Besitzstörung; eine Besitzentsetzung durch einen Dritten ist nur dann vorhanden, wenn dieser das factische Verhältniß des bisherigen iuris possessor zum Grundstücke nicht blos momentan aufhebt, sondern dessen Reproduction unmöglich macht [176]). — Was die zum Schutze des Quasibesitzes der auf Grund und Boden radicirten Rechte zustehenden, also die possessorischen Rechtsmittel im allgemeinen anlangt, so hat das kanonische Recht die Grundsätze des teutschen Rechtes über den Schutz des Besitzes dieser Rechte anerkannt und die römischen Rechtsmittel darauf ausgedehnt. Die analoge Anwendung des interdictum uti possidetis wurde dadurch vermittelt, daß eine allgemeine Rechtsansicht die auf Grund und Boden radicirten Rechte den unbeweglichen Sachen beizählte, auf die Verschiedenheit der Handlungen aber, durch welche der Besitz eines Grundstückes im Gegensatze des Besitzes der hierher gehörigen Rechte ausgeübt wird, weniger Gewicht gelegt wurde. Die Anwendung des interdictum de vi auf diese Verhältnisse fand darin anscheinend ein Hinderniß, daß die bei diesem Interdicte vorausgesetzte Dejection bei einem bloßen Rechte nicht möglich ist. Allein man beseitigte dieses Hinderniß dadurch, daß man sich an das teutsche Recht anschloß und an die Stelle der Dejection die Entwerung (ohne Recht, im Gegensatze der Entwerung mit Recht, die der Richter infolge eines Urtheiles vornahm) setzte, wofür jede widerrechtliche Entziehung der Gewere, mochten ihre Gegenstände körperliche oder unkörperliche Sachen (Rechte) sein, galt. An der Stelle des deiicere ist der Ausdruck spoliare, welcher dem teutschen „entweren" (ohne Recht) entspricht, technisch geworden [177]). Die einzelnen possessorischen Rechtsmittel anlangend, so steht zum Schutze des blos gestörten Quasibesitzes das interdictum uti possidetis in seinen heutzutage üblichen Formen des possessorium ordinarium und summarium zu. Die demselben entgegenzusetzende

---

175) Duncker a. a. O. S. 86—88. Renaud a. a. O. S. 75.
176) Renaud a. a. O. S. 75 flg. gegen Duncker a. a. O. S. 88.
177) Duncker a. a. O. S. 89 flg.

Einrede des fehlerhaften Besitzes leidet insofern eine Beschränkung, als nicht bei allen Arten des Quasibesitzes diese Besitzfehler vorkommen können. So ist in den Fällen, wo die Ausübung des Rechtes eine von einem Dritten vorzunehmende Handlung erfordert, eine heimliche Ausübung des Rechtes nicht möglich, wohl aber eine gewaltsame. Auch ein precario geschehener Erwerb des Quasibesitzes eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes kann vorkommen [178]). Hinsichtlich der Verjährung gelten die gewöhnlichen Regeln [179]). Das Interdict hat übrigens bei Reallasten eine doppelte von einander zu unterscheidende Anwendung; es steht nämlich dem Quasibesitzer eines Theiles gegen den Inhaber des als pflichtig in Anspruch genommenen Grundstückes zu, anderen Theiles gegen Dritte, welche ihn an der Ausübung des von ihm besessenen Rechtes hindern. In beiden Fällen ermangelt die possessorische Klage der römischen Duplicität des Interdictes [180]). Zur Wiedererlangung des verlorenen Quasibesitzes bei Reallasten steht das interdictum de vi mit den durch das kanonische Recht herbeigeführten Modificationen oder die sog. Spolienklage zu. Diese Spolienklage ist das römische Interdict in seiner Anwendung auf eigenthümlich teutsche Verhältnisse, die teutsche Form des römischen Interdictes [181]). Zur Begründung dieses Rechtsmittels genügt die Entziehung des Quasibesitzes durch Verweigerung der Leistung. Der Ausdruck spoliare, dessen sich das kanonische Recht bedient, bezeichnet keine positive Handlung, sondern ist gleichbedeutend mit dissaisir, entsetzen, entweren, und kommt in der Bedeutung, daß die Besitzentziehung durch Verweigerung der Leistung damit bezeichnet wird, in den Gesetzen vor [182]); auch wird ein possessorischer Schutz gegen die Verweigerung bisher geleisteter Grundgefälle ausdrücklich zugesichert [183]). Auch die Reichsgesetze sprechen von

---

178) Duncker a. a. O. S. 94 flg.

179) Gegen die abweichende Meinung von Duncker a. a. O. S. 95 u. 111, der das Interdict sowie die Spolienklage lediglich auf ein Jahr von der Störung bezüglich Entsetzung des Besitzes beschränkt und diese Rechtsmittel später nicht de eo, quod pervenit, zuläßt, vergleiche den Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 233, Not. 63.

180) Klagt z. B. der iuris possessor gegen den Gutsinhaber auf Schutz im Besitze des Zehntes, so ist nur eine Verurtheilung des letzteren oder eine Abweisung des ersteren denkbar. Der Kläger kann aber nicht verurtheilt werden, weil die Verurtheilung nur auf Verbot künftiger und auf Schadenersatz wegen bisheriger Störungen der possessio libertatis gerichtet sein könnte; als fernere Besitzstörungen müßte man aber die neue Erhebung von Forderungen ansehen, welche an sich keine Störungen des Besitzes sind, da zu ihrer Beseitigung einfache Abweisung von Seiten des Gutsinhabers genügt, und als bisherige Störungen die bisher erhobenen Forderungen, die an sich der possessio libertatis unschädlich sind. Wenn dagegen der iuris possessor gegen einen Dritten klagt, welcher ihn an der Ausübung des Rechtes hindert, so läßt sich eine Verurtheilung des Klägers nach der Natur der Sache nicht denken. Renaud a. a. O. S. 78.

181) Duncker a. a. O. S. 96—102.

182) Namentlich in Bezug auf Zehnten. Cap. 10. X. (III. 30.)

183) Cap. 24. X. (I. 6.)

einem Entsetzen (Entweren) in Bezug auf Gerechtigkeiten; sie nennen die Verweigerung von Grundgefällen ein Spoliiren und gewähren Schutz dagegen[184]). Gegen einen Dritten, welcher den bisherigen Besitzer eines Zehnten desselben spoliirt hatte, wird die Spolienklage indirect für zulässig erklärt[185]). Eine gewaltsame Entziehung des Quasibesitzes, welche Manche für nothwendig halten, ist nicht erforderlich. Zum Begriffe der Entwerung, durch welche die Spolienklage begründet wird, gehört nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes nicht die Anwendung von Gewalt, sondern es reicht hin, daß die Entwerung ohne Recht geschehen ist[186]). Auch die Reichsgesetzgebung redet ausdrücklich von solchen Spolien, welche ohne Gewalt geschehen[187]). Es genügt daher eine widerrechtliche Entsetzung[188]). Die Einrede des fehlerhaften Besitzes ist gegen die Spolienklage nicht zulässig. Die Verjährung ist die von einem Jahre, außer wenn die Klage zugleich auf Herausgabe des durch die Verweigerung der Leistung dem Kläger Entzogenen gerichtet ist, welchenfalls sie 30 Jahre dauert[189]). — Der Besitz der Freiheit von Realrechten wird lediglich durch den Umstand begründet, daß ein solches auf Grund und Boden radicirtes Recht bisher nicht ausgeübt worden ist[190]). Wurde aber ein solches Recht bisher ausgeübt, bestand mithin ein Besitz desselben, so gehört zum Erwerbe des Besitzes der Freiheit ein gegen die weitere Ausübung des Rechtes erhobener Widerspruch, z. B. Verweigerung der bisher geleisteten Grundabgabe. In dem an den im Besitze der Freiheit sich Befindenden gerichteten Begehren eines Dritten, die einem ihm zustehenden auf Grund und Boden radicirten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen, liegt keine Beeinträchtigung des Besitzes der Freiheit; diese ist erst dann vorhanden, wenn der im Besitze der Freiheit sich Befindende genöthigt wird, die dem geltend gemachten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen. Die Vornahme dieser Handlung bewirkt den Verlust des Besitzes der Freiheit, keine bloße Störung desselben. Das von Manchen in dem Falle, wenn das beanspruchte Recht wider den Willen dessen, welcher sich bisher im Besitze der Freiheit befunden hat,

---

184) Reichsabsch. zu Speier von 1526 §. 11.

185) Cap. 2. de restit. spoliat. in VI. (II. 5.)

186) Rechtsbuch nach Distinctionen B. 2, Cap. 4, dist. 11. B. 4. Cap. 33, A. dist. 1. Ebenso thun die Urkunden bei Duncker a. a. O. S. 39 flg. Nr. VI, XVII, XVIII der angewendeten Gewalt keine Erwähnung; die Urkunde Nr. XVIII sagt blos, daß die Entwerung contra iustitiam geschehen sei.

187) Landfrieden v. 1548 Tit. V. Reichsabsch. v. 1548 §. 38. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. VIII, §. 1.

188) Duncker a. a. O. S. 102—109.

189) Duncker a. a. O. S. 109—111 schließt die 30jährige Verjährung aus, weil bei Entziehung des Quasibesitzes der auf Grund und Boden radicirten Rechte der Spoliant nichts erlange, was unter den Begriff des id, quod pervenit passe. Vgl. dagegen den Art. Possessorium Bd. VIII, S. 233, N. 63.

190) Reichsabsch. v. 1548 §. 63. Vgl. Reichsabsch. v. 1576 §. 104.

wirklich ausgeübt ist, zum Schutze des Besitzes der Freiheit zugelassene interdictum uti possidetis kann hier nicht statthaft sein, weil es sich in diesem Falle vielmehr von einem Verluste dieses Besitzes handelt. Daß die Spolienklage in diesem Falle zuzulassen sei, muß bestritten werden. Die Gesetze thun nirgends eines dem Besitze der Freiheit zu gewährenden Schutzes Erwähnung, und die Vorschrift der Reichsgesetze, daß die Stände, welche seit Menschengedenken keine Steuern entrichtet haben und mithin den Besitz der Steuerfreiheit für sich haben, bis zu ausgemachter Sache dabei gelassen und zur Steuerzahlung nicht gezwungen werden sollen[191]), enthält blos eine specielle Anwendung des allgemeinen Satzes, daß während eines Rechtsstreites keine Veränderung des bisherigen factischen Verhältnisses stattfinden soll[192]). Die Zulassung der Spolienklage aus allgemeinen Grundsätzen verwickelt in ein unauflösliches Dilemma[193]). Es muß daher ein possessorischer Schutz für den Besitz der Freiheit in Abrede gestellt werden. Derjenige, welcher zur Vornahme einer Handlung gezwungen worden ist, wodurch der Zwingende den Besitz eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes erlangt hat, muß seine Weigerung, dieses Recht ferner anzuerkennen, mit der negatoria actio oder quod metus causa actio durchfechten[194]); zur Zurückforderung dessen, was der Zwingende durch jene erzwungene Leistung gewonnen hat, kann sich der Gezwungene auch der condictio ob iniustam causam bedienen[195]).

III. Petitorische Klagen[196]). Es sind hier zwei Klagen zu unterscheiden, die eine des Reallastberechtigten zur Geltendmachung seines Rechtes, die andere des Besitzers des angeblich mit der Reallast behafteten Grundstückes zur Verfolgung der Freiheit seines Besitzthums. Auf erstere werden die Grundsätze von der confessoria actio, auf letztere die von der negatoria actio utiliter angewendet. 1) Die actio confessoria

---

191) Reichsabsch. v. 1548 §. 63. Reichsabsch. v. 1576 §. 102, 104.

192) Tit. X. ut lite pendente nihil innovetur. (II. 16.)

193) Ist z. B. der Besitzer eines Grundstückes durch Drohungen eines Anderen zur Entrichtung einer angeblich auf dem Grundstücke ruhenden Abgabe an denselben gezwungen worden, so hat der Zwingende den Besitz des Rechtes erworben und daher im Falle der Verweigerung der Abgabe beim nächsten Zinstermin von Seiten des Grundstücksbesitzers die Spolienklage, gegen welche die Einrede des gewaltsam erworbenen Besitzes unstatthaft ist. Läßt man auch für denjenigen, welcher die Abgabe gezwungen entrichtet und dadurch den Besitz der Freiheit verloren hat, die Spolienklage auf dessen Wiedererlangung zu, so stehen sich zwei Spolienklagen mit gerade entgegengesetzter Richtung einander gegenüber. Dieselbe Verwickelung würde eintreten, wenn man zum Schutze des Besitzes der Freiheit das interdictum uti possidetis zuläßt, weil dasselbe hier, ebenso wie die Spolienklage darauf geht, daß dem Gegner die fernere Ausübung des Rechtes untersagt werde. Duncker a. a. O. S. 113.

194) Duncker a. a. O. S. 114.

195) L. 6. 7. D. (12. 5.)

196) Duncker, Reallasten §. 23, S. 108—116. Renaud, Reallasten §. 6, S. 81—100.

utilis des Berechtigten unterscheidet sich von der römischen Confessorienklage darin, daß während letztere einzig und allein auf Anerkennung der betreffenden Servitut gerichtet ist und aus der erlangten Anerkennung die Befugniß zur Ausübung der Servitut von selbst folgt, bei den Reallasten das Recht auf die Reallast im Ganzen sich als ein von dem Rechte auf die einzelnen Leistungen verschiedenes darstellt, da ersteres anerkannt sein kann, die Verpflichtung zur Abführung der einzelnen fälligen und rückständigen Leistungen aber bestritten sein kann; daher die Ansicht entstand, daß der Berechtigte zwei Klagen habe, eine dingliche Klage auf Anerkennung der Reallast im Ganzen (actio confessoria utilis) und eine persönliche auf Entrichtung der einzelnen fällig gewordenen Leistungen. Diese Ansicht findet sich schon hin und wieder bei den älteren Juristen, während bei der Mehrzahl derselben die actio confessoria ohne Unterschied gestattet wird, ob auf Anerkennung des Rechtes überhaupt, oder auf Entrichtung der fälligen Leistungen geklagt wird; bei den neueren Juristen ist die Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Klage vorherrschend[197]. Nach der hier vertheidigten Ansicht von Duncker, wornach die Reallast eine auf der Sache selbst ruhende Beschwerde ist, neben welcher eine Obligation des Besitzers nicht noch außerdem besteht, kann gegen denselben eine persönliche Klage nicht stattfinden. Die Leistung des Besitzers der belasteten Sache ist keineswegs der nächste Gegenstand der Realberechtigung, sondern nur eine Folge davon. Gleichwie man bei einer Servitut, welche der Eigenthümer in der Ausübung der sonst im Eigenthume liegenden Rechte beschränkt, nicht annimmt, er sei verpflichtet, etwas zu unterlassen, oder zu leiden, ebensowenig kann bei den Reallasten eine Verpflichtung desselben, etwas zu thun, angenommen werden. Dieses Thun ist ebenso wie jenes Unterlassen und Leiden, die Folge eines gegenüberstehenden dinglichen Rechtes. Daher steht zur Verfolgung der Servitutberechtigung nur Eine Klage, die confessoria actio, zu, nicht blos dann, wenn der Besitzer des dienenden Grundstückes die Servitut ganz und gar nicht anerkennt, sondern auch dann, wenn er durch einzelne vorgenommene Handlungen das Recht des Inhabers der Servitut verletzt. In beiden Fällen geht das Klaggesuch stets auf Anerkennung des Rechtes und in dessen Folge auf Verurtheilung des Beklagten, daß er sich diesem Rechte gemäß verhalte. Ebenso wird das der Reallast gegenüberstehende Recht nicht blos dann verletzt, wenn dieses Recht überhaupt nicht anerkannt wird, sondern auch, wenn die auf dem Grunde dieses Rechtes geforderte Leistung nicht bewirkt wird. Es muß daher in beiden Fällen, sowohl in dem, wenn die Anerkennung des Rechtes selbst Gegenstand der Klage ist, als auch in dem, wenn zunächst nur auf Entrichtung der fälligen Leistungen geklagt wird, die actio confessoria utilis ange-

---

197) Gerber, teutsch. Privatr. §. 170 nimmt nur eine persönliche Klage auf die fällige Leistung an.

stellt werden; auch ist im letzteren Falle die Klagbitte stets auf Anerkennung des Rechtes selbst zu richten. Die Verbindlichkeit, die Leistung vorzunehmen, welche das das Recht anerkennende Urtheil dem Besitzer der belasteten Sache auferlegt, ist nur eine bedingte, d. h., der Besitzer hat infolge des Urtheiles die Verbindlichkeit zur Abführung der Lasten nur dann, wenn er das Grundstück behalten will; die Dereliction (déguerpissement) des Grundstückes befreit ihn von jenen Leistungen. Daß der Sinn des durch Gesetze und Juristen statuirten Rechtes zur Dereliction der sei, daß der bisherige Inhaber des belasteten Grundstückes durch Aufgeben des Besitzes desselben auch von der Entrichtung der während seiner Besitzzeit verfallenen Abgaben frei wird, ergiebt sich sowohl aus allgemeinen Interpretationsregeln, als aus den Bestimmungen einzelner Statuten; aus ersteren, weil die Beschränkung der Wirksamkeit der Dereliction auf die von jetzt an erst eintretende Befreiung des Besitzers des belasteten Grundstückes von der Verpflichtung zur Anerkennung der Reallast im Ganzen und zur Entrichtung der später fällig werdenden Leistungen sich so ganz von selbst versteht, daß die häufig vorkommende Zusicherung des Derelictionsrechtes in einzelnen teutschen Statuten und französischen coutumes [198]) sich nicht würde erklären lassen [199]). Auch das römische Recht bietet eine Analogie. Der Usufructuar kann sich von den mit seinem dinglichen Rechte zusammenhängenden Verbindlichkeiten, z. B. von der der Refection des Gebäudes, wovon er den Nießbrauch hat, durch Dereliction befreien, was selbst in dem Falle gilt, wenn er nach der Litiscontestation erst die Dereliction erklärt [200]). Ueber die Art und Weise der Dereliction und die Folgen dieser Handlung hat sich vorzüglich die französische Jurisprudenz ausgesprochen. Nach gemeinem teutschen Rechte bedarf es zur Dereliction weder eines gerichtlichen, noch eines notariellen Actes; einer Ankündigung an den Reallastberechtigten bedarf es aber, damit dieser wisse, ob er sich an den Besitzer oder an das Gut zu halten habe [201]). Die Klage steht dem Reallastberechtigten zu, der den Erwerb des behaupteten Rechtes zu erweisen hat. Ob diese Klage auch als publicianische Klage stattfinde, ist bestritten [202]). Hat der zur Reallast Be-

---

198) Vgl. die Citate bei Duncker a. a. O. S. 78. Renaud a. a. O. S. 85 u. N. 197.

199) Die Befugniß zur Dereliction steht gemeinrechtlich jedem Besitzer zu, außer wenn er sich persönlich für die fällig werdenden Leistungen verpflichtet hat, was sowohl ausdrücklich, als durch Verzicht auf das Derelictionsrecht geschehen kann. Renaud a. a. O. S. 97.

200) L. 64. D. (7. 1.)

201) Renaud a. a. O. S. 97 flg., welcher jedoch eine Ankündigung an den Berechtigten nicht für nöthig hält.

202) Roßhirt, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VIII, S. 64, N. 1, läßt die publicianische Klage unbedingt zu; Duncker a. a. O. S. 114 läßt sie deshalb nicht zu, weil Reallasten durch Vertrag und letzten Willen nicht errichtet werden können und wegen der hieraus hervorgegangenen Unzulässigkeit der Begründung

rechtigte sein Recht auf einen Dritten übertragen, so muß, auch wenn der früher Berechtigte seine Ansprüche auf die, unter seiner und seiner Vorgänger Besitzzeit verfallenen rückständigen Leistungen nicht besonders übertragen hat, der nunmehr Berechtigte zur Einklagung dieser Rückstände für befugt erachtet werden, weil die einzelnen fällig werdenden Leistungen keine Forderungen begründen, sondern reine Ausflüsse der Reallast im Ganzen sind, als deren Theil sie erscheinen und deren rechtliche Natur sie haben; denn dem nunmehr Berechtigten steht die actio confessoria utilis zu, der früher Berechtigte hat aber mit dem Verluste der Reallast im Ganzen jedes Rechtsmittel verloren, da eine besondere Klage für die einzelnen verfallenen Leistungen nicht vorhanden ist[203]). Hiermit ist auch die Frage beantwortet, ob und wie zwischen dem alten und neuen Fruchtberechtigten die Früchte des letzten Jahres zu theilen seien. Nach der hier für richtig erkannten Ansicht verliert mit dem Augenblicke, wo die Reallastberechtigung für ihn untergeht, der bisherige Berechtigte jeden Anspruch auf noch nicht percipirte Gefälle, weil ihm von da an keine Klage aus der Reallast mehr zusteht[204]). Die actio confessoria utilis ist möglich gegen den iuris possessor, dessen Besitz dem wirklichen oder angeblichen Rechte des Klägers widerspricht[205]); sie findet aber auch gegen den Besitzer des belasteten Grundstückes statt, was der häufigere und praktisch wichtigere Fall ist. In diesem Falle ist

---

derselben durch Ersitzung es an den Voraussetzungen der publicianischen Klage fehle. Renaud a. a. O. S. 86 unterscheidet, ob die Klage gegen den Besitzer des belasteten Grundstückes, oder gegen eine dritte Person geht, welche sich in der iuris possessio befindet. Im ersten Falle läßt er die publicianische Klage nicht zu, weil Reallasten nicht durch Ersitzung begründet werden könnten, im letzteren Falle hält er sie für statthaft, insoweit nämlich eine translative Ersitzung hier möglich sei. Da die Frage mit der anderen über Entstehung der Reallasten durch Vertrag, letzten Willen und Ersitzung zusammenhängt, so kann sie auch nur erst bei Untersuchung der letzteren beantwortet werden.

203) Renaud a. a. O. S. 87. Freilich sind alle diejenigen, welche wegen der verfallenen Leistungen eine besondere persönliche Klage annehmen, der entgegengesetzten Ansicht.

204) Renaud a. a. O. S. 87, 88. Dagegen wird nach der gewöhnlichen Ansicht zwischen Grundgefällen, welche aus natürlichen, und solchen, welche aus bürgerlichen Früchten bestehen, unterschieden. Bei den ersteren soll Alles auf die Perception ankommen, in der Weise, daß das vom alten Fruchtberechtigten bei dem Aufhören seiner Berechtigung nicht Percipirte auch von ihm nicht bezogen wird; bei den letzteren scheiden sich die Meinungen. Die Einen nämlich legen darauf allein Gewicht, ob zur Zeit des Verfalles der Früchte das Recht des alten Fruchtberechtigten noch bestand und geben ihm diesfalls das Recht auf das ganze Verfallene, z. B. Wächter, Erörterungen Heft 1, S. 80. Andere nehmen an, daß bei solchen Grundgefällen jeden Tag eine Verbindlichkeit entstehe, und wollen die Früchte des letzten Jahres nach Verhältniß der Zeit vertheilt wissen, wie Reyscher, würtemb. Privatr. §. 228. Glück, Erl. der Pand. Bd. IX, S. 341.

205) Dies ist jedoch nur bei kirchlichen Zehnten denkbar, weil es nur Einen kirchlichen Zehnten geben kann. Renaud a. a. O. S. 76, N. 185. S. 88, N. 206.

der Beklagte der Besitzer des wirklich oder angeblich pflichtigen Grundstückes, der Titel, unter dem er besitzt, mag ein dinglicher oder persönlicher sein, oder mag er ohne allen Titel besitzen. Da die Klage wegen der Reallast eine dingliche Klage ist, so muß sie, gleichwie jeder Detentor mit der rei vindicatio belangt werden kann, auch gegen jeden Inhaber der Sache gerichtet werden können, welchem jedoch, wenn er in fremdem Namen besitzt, die nominatio auctoris zu gestatten ist, deren Voraussetzungen hier alle zutreffen. Nur wenn die Reallast in Naturalleistungen aus dem beschwerten Gute selbst besteht, fällt die nominatio auctoris von Seiten derjenigen Inhaber weg, welche die Früchte zu beziehen haben, sei es vermöge dinglichen Rechtes oder vermöge vertragsmäßiger Ueberlassung[206]. Besitzen mehrere Personen das Grundstück gleichzeitig pro indiviso, so hängt es von der Willkür des Berechtigten ab, ob er die Gesammtheit der Mitbesitzer als Streitgenossen, oder den Einen oder den Anderen auf das Ganze belangen wolle. Der Kläger verlangt hier nämlich zuvörderst Anerkennung seines Rechtes auf die Reallast im Ganzen, worauf er, da dieses Recht ein untheilbares ist, gegen jeden einzelnen Mitbesitzer klagen kann; aus dieser Anerkennung folgt das Recht des Berechtigten auf die einzelnen Leistungen und die Verpflichtung des Gutsbesitzers zu ihrer Entrichtung. Aus der Theilbarkeit der einzelnen Leistungen folgt nicht, daß die einzelnen Mitbesitzer darauf pro rata verklagt werden müßten, da das Recht auf die fälligen Leistungen als unmittelbarer Ausfluß des Rechtes auf die Reallast im Ganzen ein dingliches und demnach untheilbares Recht am Grundstücke ist[207]. Besitzen Mehrere das belastete Grundstück pro diviso, so kann der Berechtigte die Anerkennung des Rechtes im Ganzen von dem einen oder anderen der mehreren Theilbesitzer und folglich auch die Abführung der fälligen Leistungen verlangen, da eine Theilung des belasteten Grundstückes die ursprüngliche Beschaffenheit der Reallast, welche als solche auf dem ganzen Grundstücke haftet, selbstverständlich wider den Willen des Berechtigten nicht verändern und aufheben kann[208]. Das Gesuch bei der actio confessoria utilis kann auch einfach auf Anerkennung des Rechtes auf die Reallast im Ganzen gerichtet werden, ohne daß zugleich eine Forderung wegen verfallener Leistungen damit verbunden ist. Neben der Anerkennung des Rechtes bezüglich neben der Entrichtung der rückständigen Leistungen kann das Klagesuch auf Vergütung des

---

206) Renaud a. a. O. S. 89, 90.

207) Renaud a. a. O. S. 90 flg. darauf, ob eine solidarische Verbindlichkeit der mehreren Besitzer besteht, oder nicht, wovon Manche die Beantwortung der Frage, ob gegen Einen Mitbesitzer auf das Ganze geklagt werden könne, oder nur pro rata, abhängig gemacht wird, (Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 174. Hänsel, vom Auszuge S. 141) kommt nichts an, da rein dingliche Verhältnisse in Frage sind.

208) Renaud a. a. O. S. 91 flg. Mittermaier a. a. O. §. 174, N. 9. Reyscher, würtemb. Privatr. Bd. I, S. 498.

Interesse wegen verzögerter Leistungen gehen; letzterer Anspruch ist aber ein rein persönlicher, da er lediglich auf dem nachzuweisenden Verzuge des Beklagten beruht, weshalb der Beklagte wegen des Interesse auch nicht für seine Vorgänger haftet, wenn er nicht deren Erbe ist. Ebenso haftet der Besitzer des einen Theiles des beschwerten Gutes für das Interesse nur insofern, als ihn eine Schuld trifft. Der allein von mehreren Mitbesitzern pro indiviso mit der Confessorienklage Belangte haftet wegen Theilbarkeit der Forderung für das Interesse nur zu seinem Antheil[209]. 2) Zur Vertheidigung des Grundstückes gegen eine angeblich auf demselben ruhende Reallast steht dem Besitzer desselben eine Klage nach Analogie der negatoria actio zu, welche daher actio negatoria utilis genannt wird. Aus der fast allgemein anerkannten Zulässigkeit dieser Klage ergiebt sich mit Sicherheit, daß bei den Reallasten ein dingliches, kein obligatorisches Verhältniß zu unterstellen ist. Ist derjenige, welcher die Leistung verlangt, nicht im Besitze des Rechtes, so genügt die einfache Verweigerung der Leistung von Seiten des Besitzers des angeblich belasteten Grundstückes, um den angeblich Berechtigten zur Anstellung der actio confessoria utilis zu nöthigen, welche der Besitzer abwarten kann. Befindet sich dagegen der angeblich Berechtigte im Besitze des Rechtes, so muß der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes zur Befreiung von der Leistung für die Zukunft die negatoria actio anstellen; denn die einfache Verweigerung der ferneren Leistung bisher geleisteter Prästationen genügt dazu nicht, da derjenige, an welchen die Leistungen entrichtet worden sind, deren fernere Prästation durch das Possessorium erwirken kann. Beruhten dagegen die Reallasten auf einem obligatorischen Verhältnisse, so könnte derjenige, an welchen die Leistungen geschehen sind, nie den Besitz dieses persönlichen Rechtes erlangen und würde im Falle der Weigerung des Besitzers der belasteten Sache immer mit der petitorischen Klage auftreten müssen. Wenn daher selbst diejenigen, welche die Reallast selbst im Ganzen als Eine fortdauernde Obligation und die einzelnen Leistungen nur als Aeußerungen und Ausflüsse dieser Einen Obligation betrachten, ein allgemeines Gewohnheitsrecht zugeben, welches einen Besitz des Rechtes an der Reallast zuläßt, so ist hiermit auch die dingliche Natur der Reallasten zugegeben, weil obligatorische Verhältnisse keinen Besitz zulassen. Es ist demnach auch diese auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte beruhende Auffassung allein entscheidend, trotz aller Streitigkeiten, welche über die rechtliche Natur der Reallasten obwalten. Die provocatio ex Lege Diffamari, welche Manche für den Zweck der Geltendmachung der Freiheit des Grundstückes von der behaupteten Reallast für geeigneter halten[210], gewährt vor der actio negatoria utilis keinen besonderen Vortheil; beide Rechtsmittel führen zu demselben Ziele.

---

209) Renaud a. a. O. S. 95 flg.
210) Wie Wolff, teutsch. Privatr. S. 284.

Es wird zwar behauptet, es sei zwischen dem Falle zu unterscheiden, wo Jemand im Besitze einer Realberechtigung sei und possessorisch nicht entsetzt werden könne, und dem, wo Jemand, der keine iuris possessio habe, sich einer ihm an einem gewissen Grundstücke zustehenden Reallastberechtigung berühme; im zweiten Falle sei allerdings eine solche Provocation zulässig, im ersten müsse der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes petitorisch mit der actio negatoria utilis die Freiheit seines Eigenthums von der besessenen Reallast geltend machen[211]). Allein auch im ersten Falle muß der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes zur Provocation wegen Diffamation für befugt geachtet werden. In der factischen Ausübung der Reallastberechtigung liegt thatsächlich eine Diffamation des zustehenden Rechtes selbst; denn wenn auch der bloße Quasibesitz des Rechtes zunächst geltend gemacht wird, so liegt doch darin immer zugleich ein Eingriff in fremdes Eigenthum, eine Anmaßung daran, und der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes kann, indem er dem im Quasibesitze geschützten Gegner das Recht bestreitet, ungeachtet des Besitzes desselben ihn vermöge der für Freiheit des Eigenthums von Lasten und Beschränkungen streitenden Vermuthung, welche stärker ist als die, welche für den Besitz streitet, provociren und ihn dadurch zur Anstellung der actio confessoria utilis nöthigen, wo der Provocat als Kläger in der Hauptsache die Berechtigung ebenso zu erweisen hat, als wenn der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes mit der actio negatoria utilis aufgetreten wäre. Die in der Praxis hergebrachte Ansicht, daß zur Vertheidigung der Freiheit von Reallasten die actio confessoria utilis anzustellen sei, wenn die Belastung des Grundstückes mit einer gewissen Reallast nach gemeinem Rechte Regel, die Befreiung deren Ausnahme sei, hat darin ihre wohlbegründete Berechtigung, daß in einem solchen Falle es sich nicht um Vertheidigung der natürlichen Freiheit des Eigenthums, sondern um ein besonderes Recht handelt[212]).

III. **Begründung der Reallasten**[213]). Eine scharf gesonderte und erschöpfende Zusammenstellung der einzelnen Entstehungsarten der Reallasten in der älteren Zeit ist sehr schwierig. Es haben nämlich viele Reallasten, welche jetzt privatrechtliche sind, ihren Ursprung in publicistischen Verhältnissen; es haben dabei aber auch privatrechtliche Momente Einfluß geäußert; und überhaupt war das staatsrechtliche

---

211) Renaud a. a. O. S. 100.

212) Duncker a. a. O. S. 116. Doch paßt das von diesem gewählte Beispiel der Steuerfreiheit nicht, weil Grundsteuern keine privatrechtlichen Reallasten sind. Eher paßt der Fall, wenn gewisse gutsherrliche Dienste nach einem Gesetze von den Gütern zu leisten sind, und einzelne Gutsbesitzer aus besonderen Rechtsgründen Befreiung davon in Anspruch nehmen.

213) Duncker, Reallasten §. 24—29, S. 116—149. Duncker, Kann eine Reallast im heutigen Rechte durch Vertrag neu begründet werden? in der Zeitschr. f. teutsch. Recht Bd. XI, Nr. 11, S. 450—490. Renaud, Reallasten §. 7, S. 101—112. Weiske, Gutsherrlichkeit S. 95—103.

und privatrechtliche Gebiet im älteren teutschen Rechte nicht so streng gesondert, sondern gerade das Zusammenfließen beider ist für das ältere germanische Recht charakteristisch. Ebenso haben umgekehrt auf Entwickelung solcher Reallasten, deren Entstehung zunächst in privatrechtlichen Verhältnissen zu suchen ist, staatsrechtliche Momente bedeutend eingewirkt. So gehören die aus vogteilichen Verhältnissen in älterer Zeit entstandenen vielen Reallasten vielmehr dem öffentlichen, als dem Privatrechte an. Diese beweisen aber gerade die Unmöglichkeit der scharfen Sonderung der einzelnen Entstehungsgründe für die ältere Zeit. Von den vogteilichen Lasten entstanden viele durch einen Befehl des Herrn, durch eine Auflage, gleichsam durch ein Gesetz; andere entstanden dadurch, daß die Vogtsleute allmälig den Hörigen gleichgestellt wurden; noch andere entstanden durch Vertrag in der Art, daß Schutz für Güter durch Lasten, welche man auf dieselben übernahm, erkauft wurde. Der Charakter der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten kann ein öffentlich rechtlicher und ein privatrechtlicher sein. Der erstere ist bei Diensten und Frohnen wohl der ursprüngliche; bei Zinsen herrscht der privatrechtliche vor, da hier der Entstehungsgrund der Last in einem Vertrage zu suchen ist, in einem Vorbehalte des echten Eigenthümers, der sein Gut einem Anderen unter einem dinglichen Titel überließ [214]). Im Laufe der Zeit hat sich aber der publicistische Charakter einzelner gutsherrlicher Lasten fast ganz verloren und der privatrechtliche ist vorherrschend geworden. Erst im späteren Rechte kommen Reallasten vor, welche rein durch Vertrag (Rentenkauf) oder durch letzten Willen entstanden. Immerhin lassen sich aber die so mannigfachen und in einander fließenden Entstehungsgründe der Reallasten im älteren Rechte auf drei allgemeine Kategorien, Gesetz und Gewohnheit, Vertrag und letztwillige Verfügung zurückführen, und diese Kategorien sind für die Erörterung der Frage über die Errichtung neuer Reallasten im heutigen Rechte beizubehalten; dann aber ist noch die Frage zu beantworten, ob Reallasten auch durch Ersitzung, welche das germanische Recht nicht kennt, begründet werden können [215]). 1) Gesetz und Gewohnheit. Daß dem öffentlichen Rechte angehörige, auf Grund und Boden ruhende Lasten durch Gesetz eingeführt werden können und eingeführt worden sind, ist nach dem römischen Rechte sowohl, als nach dem teutschen unbestritten. Auf Gesetz beruhen die Grundsteuern, die Landfolge und überhaupt die von Grundstücken an den Staat zu entrichtenden Leistungen. Ihre Behandlung als Reallasten hat in der Aehnlichkeit mit den privatrechtlichen Reallasten und in dem der älteren Zeit eigenthümlichen Mangel der scharfen Sonderung des staatsrechtlichen und privatrechtlichen Gebietes seinen Grund; eine

---

214) Als ausschließlich dem öffentlichen Rechte angehörig, sieht Weiske die gutsherrlichen Lasten an. S. das darüber oben Bemerkte.
215) Renaud a. a. O. S. 101—103.

Eigenthümlichkeit des älteren Rechtes, welche sich auch noch in der Reichsgesetzgebung darin zeigt, daß dieselbe in Bezug auf die Reichssteuern eine Berufung auf Befreiung einzelner Reichsstände davon, ja sogar auf die possessio libertatis zuläßt. Auch die auf dem Gemeindeverbande beruhenden Grundlasten, welche ebenfalls dem öffentlichen Rechte angehören, können durch Gesetz eingeführt werden. Das Gesetz kann ein allgemeines Landesgesetz sein, welches für die Grundbesitzer der Gemeinden überhaupt eine solche Last einführt; es kann aber auch ein Ortsgesetz, ein Statut der Gemeinde, ein Beschluß derselben in gesetzlicher Form sein. Im Mittelalter war das letztere das gewöhnlichere, indem bei der noch nicht vollständig ausgebildeten Landeshoheit den Corporationen infolge ihrer Autonomie auch die Selbstbesteuerung unbeschränkt zustand; später, wo die Landeshoheit in Teutschland zur vollständigen Ausbildung gelangt war, und alle Zweige einer, wenngleich Kaiser und Reich untergeordneter, Staatsgewalt in sich begriff, überhaupt seit die neuere Staatsidee zur Geltung gelangte, ist die Auferlegung von Communallasten, welche auf Grund und Boden ruhen, durch Landesgesetze häufiger, die Einführung derselben durch Statuten aber dem Oberaufsichtsrechte des Staates unterworfen und die Giltigkeit hierauf abzielender Gemeindebeschlüsse häufig von der Genehmigung der staatlichen Oberaufsichtsbehörde abhängig gemacht worden. Von den dem Privatrechte angehörigen Lasten ist nur der kirchliche Zehnte von Grundstücken durch Gesetz, nämlich durch das kanonische Recht eingeführt worden. Derselbe wird ausdrücklich als eine auf dem Grundstücke haftende Last bezeichnet[216]). Auch der kirchliche Zehnte ist aber nach den Ansichten des Mittelalters keine privatrechtliche Last, sondern eine auf der Unterwerfung der Laien unter die Kirchengewalt beruhende und gehört daher aus dem Gesichtspunkte der damaligen Zeit, wo die Kirchengewalt sogar über die Staatsgewalt gesetzt wurde, mehr dem öffentlichen als dem Privatrechte an, wenn er gleich in der neueren Zeit bei klarerer Einsicht in das Verhältniß der Kirche zum Staate, und der Kirche zu den Mitgliedern der kirchlichen Gesellschaft als eine privatrechtliche Last betrachtet werden muß. Uebrigens hat das kanonische Recht hinsichtlich der Einführung des kirchlichen Zehnten in Teutschland nicht allgemeine Geltung gewonnen[217]). Die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten sind zum Theil ursprünglich öffentlich rechtliche Lasten,

---

216) Cap. 8. 24. 34. X. (III. 30.)

217) So namentlich in den sächsischen Ländern, in welchen vielmehr schon seit dem 16. Jahrhunderte durch die Landesgesetzgebung der Grundsatz aufgestellt ist, daß die Pfarrer den Zehnten nur unter der Voraussetzung eines besonderen Rechtstitels fordern können. Kursächs. Generalartikel v. 1. Jan. 1580 Art. 22. Kirchenordnung Herzog Johann Casimir's von S. Coburg v. 1626 B. 2, Cap. 21, S. 216, 218 (letztere gilt auch subsidiarisch in den übrigen Ländern der ernestinischen Linie). Haubold, Lehrbuch des kön. sächs. Privatr. §. 486. Heimbach, Lehrb. des partik. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder §. 367. Dieser Grundsatz der sächsischen Gesetzgebung

welche auf dem genossenschaftlichen bäuerlichen Verbande, dessen Spitze die Gutsherrlichkeit ist, beruhen. Sie können daher ebensowohl durch Gesetz, als durch Gewohnheitsrecht eingeführt werden. Das Gesetz kann ebensowohl ein allgemeines Landesgesetz, als ein Statut sein. An Beispielen solcher durch ein Landesgesetz eingeführten Lasten fehlt es nicht[218]). Häufiger entstanden sie durch Statute, d. h. durch genossenschaftliche Vereinbarungen des Herrn mit seinen Leuten. Daß eine solche Vereinbarung als ein Statut, als ein Ortsgesetz zu betrachten sei, wird zwar ebensowenig bezweifelt werden können, als daß eine Verabschiedung des Landesherrn mit den Landständen ein Gesetz ist[219]). Es liegt darin aber auch zugleich ein Vertrag, indem zwei Paciscenten vorhanden sind, der Gutsherr auf der einen, die bäuerliche Genossenschaft auf der anderen Seite. Die Landesgesetze brauchen häufig die Ausdrücke: Vereinigung, Abschiede, Recesse und selbst Vertrag. Es fragt sich, welcher Charakter, der des Gesetzes, oder der des Vertrages in Zweifel anzunehmen sei. Diese Frage ist wichtig, weil, wenn die Vertragsnatur anzunehmen ist, beiden Theilen auch aus den dazu nach den Gesetzen hinreichenden Gründen das Recht, den Vertrag als ungiltig anzufechten oder zu rescindiren zusteht, während, wenn der gesetzliche Charakter anzunehmen ist, dies ganz unzulässig sein würde. Sie wird ebenfalls wichtig, weil, wenn ein Vertrag anzunehmen ist, die Erfordernisse desselben ganz andere sind, als die eines Statutes, namentlich darin, weil bei der Annahme eines Vertrages die bäuerliche Genossenschaft, insofern es sich von Lasten handelt, welche allen Genossen, oder einzelnen Klassen derselben gegen den Gutsherrn auferlegt werden sollen, nicht durch Mehrheitsbeschluß dies thun könnte, sondern die Zustimmung aller Betheiligten dazu nothwendig wäre, während, wenn man von dem Gesichtspunkte eines Statutes ausgeht, der verfassungsmäßige Beschluß der Mehrheit die Minderheit binden würde. Unserer Meinung nach ist einer solchen Vereinbarung insoweit die Kraft eines Ortsgesetzes beizu-

---

ist nur dadurch zu erklären, daß das kanonische Recht, welches den Zehnten einführte, schon früher nicht zur Geltung gelangt ist.

218) Beispiele führt an Duncker, Reallasten S. 117, N. 170. Diesen können aus der Gesetzgebung der sächsischen Länder folgende hinzugefügt werden. Es gehören hierher: 1) Baudienste, welche die Unterthanen dem Gutsherrn bei Bauten der Rittergutsgebäude zu leisten schuldig sind. Kurs. Landesordnung v. 1555 Tit. von Baufuhren. Const. elect. 52. P. II. Dec. 33. v. 1661. Goth. Landesordn. P. II. Cap. 2, Tit. XV. Altenb. Landesordn. P. II. Cap. 2, Tit. XV. Anhalt. Landesordn. Tit. XXXIV. Vgl. über den Inhalt dieser Gesetze Heimbach a. a. O. §. 358. Diese Dienste sind nach diesen Gesetzen von den Grundstücken zu leisten, von denjenigen, deren Besitzer Zugvieh halten müssen, Spanndienste; von denen, bei welchen dies nicht der Fall ist, Handdienste. 2) Egdefrohne, welche Hintersättler und Häusler, welche Pferde oder Ochsen halten, dem Ober- und Erbgerichtsherrn, jedem zur Hälfte, von jedem Pferde oder Ochsen, wenn nicht Verträge oder Herkommen etwas anderes bestimmen, jährlich zwei Tage leisten müssen. Altenb. Landesordn. P. II. Cap. 2, Tit. XV.

219) Weiske, Gutsherrlichkeit S. 96.

2) Vertrag. Ob heutzutage durch Vertrag privatrechtliche Reallasten begründet werden können, ist eine sehr bestrittene Frage. Nach der Ansicht der älteren Juristen, welche die Reallast als ein Forderungsrecht betrachten, zu dessen Sicherheit die belastete Sache als Hypothek verhaftet sei, kann durch Vertrag eine Reallast begründet werden. Diejenigen, welche die Reallasten als servitutes in faciendo oder doch als ganz nach Analogie der Servituten zu beurtheilende Rechtsverhältnisse ansahen, wendeten auch hier die Grundsätze von den Servituten an. Da hier zwei wesentlich verschiedene Fälle zu unterscheiden waren, der der Begründung einer Reallast durch Constitution (census constitutivus) und der der Begründung durch Reservation (census reservativus), so ließ man im ersten Falle die Constitution einer Reallast durch Vertrag zu, verlangte aber noch, wie bei Servituten, die iuris quasi traditio, die in der einmaligen Entrichtung der versprochenen Leistung besteht: ebenso verstand sich, wie eine Servitut durch Vorbehalt bei der Eigenthumsübertragung vertragsmäßig begründet werden kann, die Errichtung eines census reservativus in derselben Weise von selbst. Bis zum Anfange dieses Jahrhundertes blieb die Ansicht, daß eine Reallast durch Vertrag nach Maßgabe der Servituten begründet werden kann, die herrschende. Seit dem Anfange des jetzigen Jahrhundertes ist dagegen eine große Meinungsverschiedenheit hervorgetreten, welche darin ihren Grund hat, daß die neueren Juristen die Reallasten nicht mehr unter die Servituten subsumiren und damit den festen Anhaltepunkt der älteren Juristen verlassen. Nur Schwarz[224]) macht hier eine Ausnahme, der Reallasten durch Vertrag nach Analogie der Servituten entstehen läßt, dabei jedoch die quasi traditio, als nach den neueren Forschungen im Gebiete des römischen Rechtes bei Bestellung der Servituten nicht erforderlich, für überflüssig erklärt. Runde versuchte die Ansicht von der Zulässigkeit der Begründung der Reallasten durch Vertrag auf andere Weise zu begründen, indem aus den herkömmlichen Ideen von der Verbindlichkeit der Verträge die dadurch längst erklärte Unanwendbarkeit des römischen Satzes, quod praedium nihil facere possit, abgeleitet und der Gesichtspunkt aufgestellt wird, daß in der Uebernahme einer Verpflichtung auf sein Grundstück von Seiten des Eigenthümers in der Art, daß sie als Reallast darauf haften solle, eine Veräußerung eines intellectuellen Theiles des Grundstückes und insofern eine Annahme des Berechtigten zum Miteigenthümer liege und der Eigenthümer nachher auf seine Nachfolger nicht mehr Rechte übertragen könne, als er selbst noch behalten habe; eine iuris quasi traditio erachtet er für unnöthig[225]). Von den späteren Juristen haben Albrecht[226]),

---

224) Schwarz, das Institut der Reallasten §. 15.

225) Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht §. 36, 37. Die Gründe gegen diese Ansicht s. bei Duncker, in der Zeitschr. für teutsches Recht a. a. O. S. 456 flg.

226) Albrecht, Gewere S. 182 flg.

Maurenbrecher[227]) und Phillips[228]) sich ebenfalls für die Begründung der Reallasten durch Vertrag ausgesprochen. Von dem Erstgenannten ist diese Ansicht später in folgender Weise begründet worden[229]). Er behauptet, ein Rechtsgeschäft, dessen bisherige gesetzliche Form auf rechtsgiltige Weise außer Uebung komme, dauere dessen ungeachtet fort, und das nunmehr formlose Geschäft habe dieselbe Bedeutung, stehe unter denselben Regeln, wie das ehemals formelle; so sei es auch hier; nachdem die gerichtliche Auflassung gemeinrechtlich abgekommen, dauere die Bestellung von Reallasten durch einfachen Vertrag als dasselbe eigenthümlich teutsche Rechtsgeschäft fort, was sie ehemals mit der gerichtlichen Auflassung gewesen sei und gerathe dadurch keineswegs unter die Herrschaft des römischen Rechtes; es könnten daher Reallasten in demselben Umfange, in welchem sie ehemals durch Vertrag in Verbindung mit gerichtlicher Auflassung bestellt werden konnten, nach heutigem gemeinen Rechte durch einfachen Vertrag bestellt werden. Auch Mittermaier[230]) hat sich endlich dieser Ansicht angeschlossen, verlangt aber doch die Eintragung in die öffentlichen Bücher, sofern diese zur Begründung dinglicher Rechte und Belastungen des Grundeigenthums gesetzlich im Lande bestimmt sind. Auch Duncker hat, nachdem er früher für das gemeine Recht das entgegengesetzte Resultat aufgestellt und eine Begründung einer Reallast durch Vertrag, selbst wenn derselbe gerichtlich bestätigt oder ingrossirt ist, nicht angenommen hatte[231]), sich später zu der gegentheiligen Ansicht bekannt, verlangt aber gerichtliche Bestätigung des Vertrages[232]). Dagegen unterscheidet Eichhorn[233]) die beiden Fälle, ob der Realberechtigte an der belasteteten Sache Proprietätsrechte hat oder nicht. Im zweiten Falle erklärt er sich gegen die Begründung der Reallasten durch Vertrag, und läßt nur zwei Ausnahmen zu: a) wenn gemeine teutsche Gewohnheit oder partikulares Recht die besondere Art der Leistung anerkennt, wovon das erstere bei den Arten der Leibzucht angenommen werden dürfe, welche als Güterabtretung an den Erben zu betrachten seien; b) wenn Lasten eines Grund-

227) Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 253, Ausg. 1. §. 323, Ausg. 2.

228) Phillips, teutsch. Privatr. §. 119, Ausg. 3.

229) Albrecht in Richter, krit. Jahrb. für teutsche Rechtsw. 1839 S. 322 flg.

230) Mittermaier, teutsch. Privatr. 1847 §. 196. Noch in der Ausgabe von 1842 verwarf er diese Ansicht und machte nur dann eine Ausnahme, wenn der Vertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist.

231) Duncker, Reallasten §. 25, S. 25 flg., besonders S. 134.

232) Duncker, in der Zeitschrift für teutsches Recht a. a. O. besonders S. 484. Ihm tritt Gerber, teutsches Privatr. §. 169 im wesentlichen bei; nur formulirt er seine Ansicht dahin, daß er außer dem Vertrage noch einen solennen Ausspruch des Richters verlangt, der bald die Form einer bloßen Bestätigung des Vertrages, bald die Formen der Eintragung in das öffentliche Grund- und Lagerbuch habe.

233) Eichhorn, teutsches Privatr. §. 163, 164.

stückes bestellt werden, kraft welcher der Besitzer eines dienstbaren Gutes Anstalten für die Ausübung von Dienstbarkeiten unterhalten, oder ähnliche Vortheile gewähren muß, welche nach einer entschiedenen Praxis durch Vertrag bestellt werden könnten. Im ersten Falle läßt er den Vertrag als Entstehungsgrund der Reallast zu. Auch Mittermaier[234]) erklärte sich früher gegen die Bestellung der Reallasten durch Vertrag, gestattete jedoch mehrere Ausnahmen, nämlich a) wenn die Last mit einem gewissen Nexus, in welchem das Gut steht, zusammenhängt, und durch Eintreten in den Gutsbesitz auch jeder in diesen Nexus mit allen Rechten und Lasten tritt; b) oder wo Grund- und Gewähr- und Hypothekenbücher eingeführt sind, in welche alle Lasten eingetragen werden; c) wenn der Vertrag nur die Anerkennung eines schon vorher begründeten Besitzstandes erhielt; d) wenn stillschweigendes Pfandrecht wegen der Reallast bedungen ist; e) wenn die Last als Reallast von dem ursprünglichen Concedenten des Grundstückes dem Beliehenen auferlegt ist. Ferner verneint Renaud[235]) entschieden die Begründung der Reallasten durch Vertrag für das heutige Recht, indem in Folge des überwiegenden Einflusses des römischen Rechtes die ganze Rechtsanschauung, aus welcher die Reallasten einzig sich hätten entwickeln können, verschwunden sei, und mit Wegfall der Bedingungen, bei deren Zusammenwirken allein Reallasten hätten entstehen können, heutzutage auch deren Errichtung, namentlich durch Vertrag nicht mehr möglich sei. Es hängt dies mit seiner Ansicht von den Reallasten überhaupt zusammen. Weiske[236]) bezweifelt die Entstehung der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten durch privatrechtliche Verträge in der älteren Zeit und legt den von der bäuerlichen Genossenschaft mit dem Gutsherrn über solche getroffene Vereinbarungen den Charakter eines Statutes, eines Ortsgesetzes bei, weil er diese Lasten für dem öffentlichen Rechte angehörige hält. Auch von den in neuerer Zeit durch die Gutsherren auf ausgethane Grundstücke gelegten Erbzinsen behauptet er, daß solche als gutsherrliche, d. h. als öffentlich rechtliche Lasten behandelt worden seien. Hinsichtlich rein privatrechtlicher Reallasten, z. B. eines Wasserzinses, läßt er Bestellung durch Vertrag zu. Insbesondre hält er nach k. sächsischem Rechte Bestellung einer privatrechtlichen Reallast mit der Wirkung der Verpflichtung des dritten Besitzers zur Leistung durch bloßen Vertrag für zulässig und beruft sich darauf, daß schon nach den Constitutionen der Rentenkauf ohne Investitur entstanden sei[237]), sowie auch in denselben die Entstehung eines Zinses und so auch anderer Lasten „aus einer Zusage oder Contract", sowie „Testament und letzten Willen" als hinreichend anerkannt werde[238]).

234) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 176, Ausg. 4.
235) Renaud, Reallasten S. 105 flg.
236) Weiske, Gutsherrlichkeit S. 101 flg.
237) Const. elect. 24. P. II.
238) Const. 2. P. II.

Ueber die Natur der von den Bauern mit dem Gutsherrn getroffenen Vereinbarungen haben wir uns bereits vorher ausgesprochen. Hinsichtlich der auf ausgethane Grundstücke vom Gutsherrn gelegten oder vorbehaltenen Zinsen halten wir deren Behandlung als öffentlich rechtlicher Lasten für unrichtig. Hier kam lediglich das Verhältniß des Eigenthümers, welcher einem Anderen ein Grundstück zum Nutzungseigenthume oder zum vollen Eigenthum unter Vorbehalt eines Zinses überließ, in Betracht, und daß ein Gutsherr der Ueberlassende war, konnte keinen Unterschied begründen, da solches Ueberlassen von Grundstücken von Seiten größerer und kleinerer Grundeigenthümer sehr häufig vorkam und an sich mit der Gutsherrlichkeit nichts zu schaffen hatte. Eher möchten die von Bauern auf ihren Gütern freiwillig gelegten Zinsen als öffentlich rechtliche Lasten angesehen werden können, da die Zusage eines Zinses selbst von freiem Grundeigenthum sehr oft geschah, um den Schutz eines Mächtigeren zu erhalten. Dennoch sind wir der Ansicht, daß nicht blos reservirte, sondern auch constituirte Zinsen lediglich als privatrechtliche Lasten zu betrachten seien. Denn hinsichtlich jedes Zinses wurde ein besonderer Vertrag geschlossen. Schon die Ungleichheit der Zinsen in Qualität und Quantität schließt die Möglichkeit aus, solche als eine gleichmäßige Last aller Bauerngrundstücke, oder einer gewissen Klasse derselben zu betrachten. Die Ansicht Weiske's, daß nach sächsischem Rechte Reallasten durch Vertrag bestellt werden können, wird später noch beleuchtet werden. Die Kritik dieser verschiedenen Ansichten kann hier nicht gegeben werden. Die Ansicht, daß Reallasten durch Vertrag bestellt werden können, scheint uns die richtige. Wir folgen der Ausführung von Duncker in seiner letzten darüber erschienenen Abhandlung und fügen unsere besonderen Bemerkungen hinzu. Es ist zwischen dem census constitutivus und reservativus zu unterscheiden: a) Census constitutivus. Außer Zweifel ist, daß das ältere teutsche Recht die Verbindung der Verpflichtung zu einer Leistung, zu einem Geben oder Thun mit einem bestimmten Grundstücke mit der Wirkung zuließ, daß die Verpflichtung mit dem Grundstücke auf jeden Besitzer überging. Zur Bewirkung dieses Ueberganges bedurfte es aber einer bestimmten Form, der der gerichtlichen Auflassung [239]. Die gerichtliche Auflassung verschaffte dem Rentenkäufer die Gewere am Zinse (Zinsgewere) [240]. Die Zinsgewere begründete für den Zinsberechtigten eine Klage gegen jeden Besitzer des belasteten Grundstückes [241], und dadurch erhielt der Zins die Eigenschaft einer Reallast.

---

239) Vgl. die Urkunden bei Duncker, in der Zeitschr. für teutsches Recht a. a. O. S. 469 flg. und andere Belege bei Albrecht, Gewere N. 364. Kraut, Grundriß des teutsch. Privatr. §. 145.

240) S. die Stellen bei Duncker a. a. O. S. 470 und bei Albrecht a. a. O. N. 402.

241) Albrecht, Gewere §. 12, 13, 18. Duncker, Reallasten §. 16, S. 71 flg.

Mit der Reception des römischen Rechtes machte sich die Ansicht geltend, daß dieses die Regel, das teutsche die Ausnahme bilde, daß also für die Anwendung des römischen Rechtssatzes die Vermuthung sei, während die Anwendung eines vom römischen Rechte abweichenden Rechtssatzes des teutsches Rechtes erwiesen werden müsse. Da man indessen von dieser im 16. Jahrhunderte herrschenden Ansicht längst zurückgekommen ist, und vielmehr das römische und teutsche Recht mit gleicher Berechtigung neben einander bestehend betrachtet werden müssen, so daß für den Sieg des einen vor dem anderen bei widersprechendem Inhalte beider keine Vermuthung, sondern nur der Weg der Erfahrung entscheiden kann, so kann es in Bezug auf die vorliegende Frage lediglich darauf ankommen, ob nach der Reception des römischen Rechtes Reallasten durch Vertrag errichtet worden sind. Duncker hat, daß dies geschehen sei, zunächst in Bezug auf den Rentenkauf zu beweisen gesucht. Die Behauptung Albrecht's [242]), daß das Recht des Rentenkäufers an der belasteten Sache in der späteren Zeit des Mittelalters den Charakter der neueren Satzung angenommen habe und daß dadurch das persönliche Element des Verhältnisses, welches früher eine bloße Pertinenz des dinglichen gewesen, die Hauptsache geworden, das dingliche Element dagegen, was früher die Grundlage des ganzen Verhältnisses gebildet habe, in ein Accessorium des persönlichen Rechtes verwandelt sei, und nur als Pfand erscheine, gründet sich nur auf die Bestimmungen einzelner Statuten; die ganze Umwandelung des älteren Verhältnisses in einzelnen Statuten beschränkte sich darauf, daß der Rentengläubiger, welcher früher, wenn die Rente nicht bezahlt wurde, die belastete Sache sich vom Richter zu Eigen zusprechen ließ, nach der neueren Ansicht aus dem Erlöse des zu verkaufenden Grundstückes wegen seines Kapitales und der rückständigen Zinsen befriedigt wird, und der Ueberfluß dem Eigenthümer zukommt [243]). Ueberhaupt ist fast allgemein das strenge Executionsverfahren des älteren Rechtes, welches eben in der gedachten Adjudication der belasteten Sache an den Realberechtigten bestand, schon seit dem 14. Jahrhunderte dadurch gemildert worden, daß häufig ausdrücklich verabredet wurde, das belastete Grundstück solle dem Rentberechtigten nicht unwiderruflich zufallen, sondern ihm nur so lange eingeräumt werden, bis er durch dessen Benutzung wegen Kapitals und rückständiger Zinsen sich befriedigt habe [244]). Auf das Wesen der Grundrente hatte dies ebensowenig Einfluß, wie das durch die Reichsgesetze dem Rentenverkäufer gestattete Recht des Wiederkaufes oder der Ablösung. Auch gab es genug Momente, den Rentenkauf auch nach Reception des römischen Pfand- und Hypothekenrechtes noch festzuhalten,

---

242) Albrecht, Gewere S. 177 flg.
243) Duncker, Reallasten §. 16 a. E. S. 80 flg.
244) S. die Citate bei Duncker in der ang. Zeitschr. a. a. O. S. 472, N. 46, 47.

abgesehen davon, daß ein so weit verbreitetes und wichtiges Institut, wie der Rentenkauf, nicht so mit einem Male verdrängt werden konnte. Da nämlich eine auf einem Grundstücke ruhende Rente mehr Sicherheit gewährte, als eine hypothekarische Forderung, so war der Berechtigte wesentlich dabei interessirt, den Rentenkauf festzuhalten. Eine Concurrenz des Richters der gelegenen Sache bei ausdrücklicher Verpfändung der Grundstücke war nach römischem Rechte nicht nöthig; hatte die von der Willkür der Contrahenten abhängige gerichtliche Insinuation auch stattgefunden, so gewährte eine so bestellte Hypothek doch keine Sicherheit dafür, daß der Gläubiger die einzige Hypothek habe, und bei der Möglichkeit bestehender gesetzlicher und noch dazu genereller Pfandrechte, von denen mehrere noch mit bedeutenden Vorzugsrechten verbunden waren, konnte ein selbst mit einer gerichtlich insinuirten Hypothek versehener Gläubiger immer noch häufig genug das Nachsehen haben. Ferner hatten die absolut privilegirten Forderungen stets den Vorzug; der dritte Besitzer eines Pfandstückes hat die Einrede der Vorausklage; der Darlehensgläubiger hat das Kündigungsrecht. Alles dieses fand bei einem durch Rentenkauf begründeten Zinse nicht statt. Der bei Verschreibungen über einen Rentenkauf ganz anders lautende Inhalt, als bei Verschreibungen über ein hypothekarisches Darlehen, beweist, daß man sich dieser Verschiedenheit sehr wohl bewußt war[245]). Auch halten die Juristen selbst da, wo nach einzelnen Statuten die gekaufte Rente die Natur einer persönlichen mit einer Hypothek gesicherten Forderung angenommen hat, abgesehen von der Herausgabe des Ueberschusses, an der alten Natur der Rente fest[246]). Daß der Rentenkauf im 16. Jahrhunderte in sehr lebhaftem Gebrauche geblieben sei, beweisen am deutlichsten die Reichsgesetze[247]), welche, wenn sie freilich auch zunächst nur das Verhältniß der Gülten zum Kaufpreise bestimmen, doch schon durch diese Bestimmung für das noch sehr häufige Vorkommen des Rentenkaufes Zeugniß geben, zumal sie ausdrücklich der allgemeinen Uebung und Gangbarkeit der Wiederkaufsgülten gedenken[248]). Ferner gehört hierher die reichsgesetzliche Bestimmung[249]), daß das Versprechen des Rentenverkäufers, daß er sich für den Fall des Rückstandes mit den jährlichen Renten, zur Zurückzahlung von Kapital und Zinsen verpflichte, giltig sein solle. Nicht weniger enthalten die Urkundensammlungen eine

245) Siehe die bei Duncker a. a. O. S. 473 abgedruckte hypothekarische Schuldverschreibung von 1571 im Vergleich zu den S. 480 flg. das. mitgetheilten Rentenkaufsverbriefungen.

246) So Mevius, ad ius Lubec. libr. III. tit. VI. art. 8. n. 20. art. 13. n. 7.

247) Reichspolizeiordn. v. 1530 Tit. XXVI, §. 7, v. 1548 Tit. XVII, §. 7, v. 1577 Tit. XVII, §. 9.

248) Reichspolizeiordn. v. 1577 a. a. O. „Und nachdem die Wiederkaufs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn.“ Vgl. auch Reichsabsch. von 1500 Tit. XXXI.

249) Deputationsabsch. v. 1600 §. 35.

große Zahl von Verbriefungen über Rentenkäufe aus dieser Zeit[250]). Für das Vorkommen des Rentenkaufes seit dem 17. Jahrhunderte lassen sich weniger Urkunden als Partikulargesetze anführen. Außer den von Duncker angezogenen Gesetzen dieser Art[251]) können besonders noch die Bestimmungen der bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrh. hinab sich erstreckenden sächsischen Proceßgesetze über das Vorzugsrecht der jährlichen Renten dafür angeführt werden[252]). Dieses Vorzugsrecht beschränkt sich natürlich nicht auf die in früherer Zeit gekauften Renten, und daß es überhaupt gegeben wurde, beweist, daß bis tief in das 18. Jahrhundert hinab Rentenkäufe üblich waren. In einzelnen Landesgesetzen geschieht der wiederkäuflichen und unablöslichen Zinsen und der zur Erlangung eines dinglichen Rechtes deshalb nothwendigen gerichtlichen Confirmation noch im 18. Jahrhundert in einer Weise Erwähnung, daß der Rentenkauf als noch üblich angesehen werden muß, z. B. in einem Altenb. Patent v. 20. Juni 1817. Noch das neueste Altenb. Hypothekengesetz v. 13. October 1852 §. 49 flg. gestattet die Belastung mit Renten, welche in bestimmten wiederkehrenden Zeiträumen zu entrichten sind, und verlangt Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch; sowie auch ebd. §. 106 flg. ausdrücklich festgesetzt wird, daß die Hypothek wegen eiserner Kapitalien durch Zwangsverkauf nicht erlöschen, sondern als Last des Grundstückes auf den Ersteher mit übergehen soll. Nur im jetzigen Königreiche Sachsen mögen seit der erläuterten Proceßordnung von 1724, welche das durch den Rentenkauf

---

250) Duncker in der ang. Zeitschr. a. a. O. S. 475 flg.

251) Hamburg. Stadtr. v. 1603 P. II. T. I. A. 5. Triersches Landr. v. 1713 Tit. XIV, §. 1. S. Duncker a. a. O. S. 476 flg.

252) Unter die in der ersten Klasse der Concursgläubiger zu befriedigenden Forderungen zählen 1) die kurs. P. O. v. 1622 Tit. XLII, §. 6, „item jährliche Zinsen von wiederkäufflichen Haupt-Summen, 2) die Proceßordn. Herzog Ernst des Frommen v. S. Gotha. v. 1670 P. I. Cap. 18, §. 7, N. 6, „wiederkäuffliche und unablegliche Zinsen"; ebenso 3) die P. O. Herzog Johann Wilhelm's zu S. Eisenach v. 1702 Tit. XXVIII, §. 7; 4) die Rudolst. P. O. v. 1704. P. IV, Tit. II, §. 7. „Weiter gehören hierher (in die erste Klasse) wiederkäufliche, unablegliche Zinsen, so weit solche verfallen sind; der Hauptstamm aber, so unablöslich ist, bleibet billig unter seiner vorigen Art und Qualität, bei des Debitoris andern Güthern und dem darüber entstandenen Concurse"; 5) die Altenb. P. O. v. 1744 P. I. Cap. 37, §. 13, N. 7. „Wiederkäufliche und unablegliche Zinsen, wenn sie gerichtlich bestätigt und bei Lehengüthern consentiret worden, jedoch ebenfalls nur auf die letzteren 3 Jahre"; 6) die Goth. P. O. v. 1776 P. I. Cap. 37; Art. IV, §. 2, N. 7, Tit. VI. „Erb- und andere unablegliche Zinse." Nur die kurs. erläuterte P. O. v. 1724 Tit. XLII, §. 8, mit welcher hinsichtlich der wiederkäuflichen Zinsen die Goth. P. O. v. 1776 a. a. O. §. 3, N. 3 übereinstimmt, sagt: „die Zinsen von wiederkäufflichen Stämmen aber sollen in Zukunfft anderer Gestalt nicht, als wenn sie gerichtlich constituiret und consentiret worden, ein Ius reale, und auch sodann kein Ius Prioritatis haben, sondern sowohl ratione Sortis, als ratione derer wiederkäufflichen Zinsen, jedoch wegen dieser ebenfalls nur auff die letzteren 3 Jahre vor entstandenem Concurs oder der erhobenen Klage unter denen übrigen Creditoribus hypothecariis nach Ordnung der Zeit befriediget — werden."

erlangte Recht der Hypothek völlig gleichstellte und es dieser gleich von gerichtlicher Bestätigung und Consens abhängig machte, diese Geschäfte abgekommen und durch das zinsbare Darlehen mit Hypothek verdrängt worden sein. Auch die Juristen des 17. und 18. Jahrhundertes bezeugen die fortwährende Uebung des Rentenkaufes[253]). Ueberhaupt ist dieses Geschäft wohl erst seitdem mehr in den Hintergrund getreten, seit die Gesetzgebung der einzelnen teutschen Länder dem Hypothekenwesen größere Aufmerksamkeit gewidmet und erstens die gesetzlichen Pfandrechte abgeschafft, und zweitens die richterliche Mitwirkung bei Bestellung einer Hypothek an Grundstücken zur unerläßlichen Bedingung der Giltigkeit der Verpfändung gemacht hat. Nun erst war es möglich, dem Darleiher durch eine Hypothek die möglichste Sicherheit zu gewähren. So lange aber diese Sicherheit dem Darleiher durch Verpfändung nicht gewährt werden konnte, war es für ihn immer vortheilhafter, Renten aus einem Grundstücke zu kaufen. Aber nicht blos in Bezug auf Grundrenten, sondern auch in Bezug auf andere Grundlasten ist die Zulässigkeit ihrer Begründung durch Vertrag in einzelnen Partikulargesetzen anerkannt worden, welche hier nicht als Gesetze, sondern als Zeugnisse für die damals allgemeine Anerkennung der vertragsmäßigen Begründung der Reallasten wichtig sind[254]). Auch haben sich die Juristen in Sachsen für die Begründung der Reallasten durch Vertrag erklärt[255]). Die Form des Vertrages, wodurch eine Rente auf einem Grundstücke bestellt wurde, war bis zum Ausgange des 15. Jahrhundertes die der gerichtlichen Auflassung. Seit der Reception des römischen Rechtes hat die gerichtliche Auflassung zwar gemeinrechtlich ihre Bedeutung rücksichtlich der Uebertragung des Eigenthums und dinglicher Rechte an Grundstücken verloren, indem nach der neuen Theorie des römischen Rechtes zum Erwerbe eines dinglichen Rechtes entweder die außergerichtliche Uebergabe, wie bei dem Eigenthume, oder der einfache Vertrag, wie bei der Hypothek genügte. Aber völlig aus der Uebung ge-

---

253) Vgl. außer den von Duncker genannten Juristen Carpzov, Iurisprud. for. Rom. Saxon. P. I. Const. 28. def. 55. Rivinus, Enunc. iur. ad ord. proc. Saxon. Tit. XLII. n. 37. Berger, Electa discept. for. Tit. XLII obs. 11.

254) Landesordnung Herzog Ernst des Frommen von S. Gotha von 1666 P. II. Tit. XV, S. 144. „Was die Bau-Frohnen betrifft, bleibet es in den Fällen, die auf Gewohnheiten, Verträgen, Abschieden und dergleichen bestehen, dabei billich, und soll bei diesfalls fürfallenden Irrungen jederzeit denenselben gemäß erkannt werden.“ Ebd. S. 145 flg. werden Verträge zwischen Gutsherrn und Unterthanen als Entscheidungsquelle bei Streitigkeiten über Dienste anerkannt. Ebd. Tit. XVII, S. 148 wird hinsichtlich der zu entrichtenden Geldzinsen auf das Erbregister verwiesen. Ebenso die Altenb. Landesordn. von 1742 P. II. Cap. 2, Tit. XV, S. 165 flg., 172. Tit. XVII, S. 174. Weiske, Gutsherrlichkeit S. 96 legt solchen Verträgen den Charakter eines Ortsstatutes bei. Siehe das darüber früher Bemerkte.

255) Schott, instit. iur. Saxon. p. 115. 116. Curtius, Hdbch. des in Kursachsen geltenden Civilrechtes Th. I, §. 286, 291. Dagegen mischt Kind, Quaest. for. T. II. c. 71. ed. 2. römisch rechtliche Grundsätze hier ein.

kommen ist die gerichtliche Auflassung nicht, wenn sie gleich manche ihrer Feierlichkeiten verloren hat[256]). So hat sie sich in den sächsischen Ländern als eine zur Uebertragung des bürgerlichen Eigenthums an Grundstücken nothwendige Form bis auf den heutigen Tag erhalten[257]) und ist erst in der neuesten Zeit in einzelnen derselben aufgehoben worden[258]). Fast überall in Teutschland ist die Concurrenz des Richters der gelegenen Sache bei Veräußerungen des Grundeigenthums und bei Bestellung dinglicher Rechte davon geblieben, freilich in den einzelnen Ländern unter sehr verschiedenen Formen und mit sehr verschiedenen Wirkungen. Es kann daher die Ansicht derjenigen nicht gebilligt werden, welche, nachdem die gerichtliche Auflassung gemeinrechtlich außer Uebung gekommen ist, die Begründung von Reallasten durch einen einfachen formlosen Vertrag noch heutzutage zulassen. Es war vielmehr einer natürlichen Rechtsbildung entsprechend, daß man das, was von der gerichtlichen Auflassung noch übrig geblieben war, noch festhielt, und die war die Concurrenz des Richters der gelegenen Sache. Dies ist auch in vielen Partikularrechten festgehalten worden. In den sächsischen Ländern und Ländern sächsischen Rechtes, wo sich die gerichtliche Auflassung am längsten erhalten hat, ist die Bestätigung des Contractes, wodurch eine Grundrente bestellt wurde, durch Landesgesetze ausdrücklich festgesetzt worden[259]). Der Behauptung von Weiske[260]), daß der Rentenkauf nach der kurs. Const. 24. P. III ohne Investitur entstanden sei, können wir nicht beipflichten. Das Gesetz entscheidet blos die in Bezug auf die sächsische Mobiliarerbfolge des Ehemannes streitige Rechtsfrage, ob unablösliche und wiederkäufliche Hauptstämme und Zinsen zu dem Mobiliarvermögen oder zu den Immobilien zu zählen seien, dahin, daß unablösliche auf liegende Gründe ausgethane Hauptstämme und wiederkäuflich aus Grundstücken gekaufte Renten, letztere hinsichtlich des Hauptstammes zu den Immobilien zu rechnen seien, nicht minder auch wiederkäufliche nicht auf Grundstücke ausgethane unabforderliche Hauptstämme, womit das Recht, eine gewisse jährliche Rente zu erheben, erkauft worden ist; wogegen die bei dem Ableben der Ehefrau belegten Renten als Mobilien, die unbelegten als Immobilien gelten sollen. Ueber die Form des Rentenkaufes und über die Frage, ob derselbe bei den aus Grundstücken erkauften Renten der Mitwirkung und Bestätigung des iudex rei sitae bedürfe, hat das Gesetz nichts entschieden und hatte zu einer Entscheidung darüber keine Veranlassung,

---

256) Duncker a. a. O. S. 479.

257) Haubold, Lehrb. des kön. sächs. Privatr. §. 186, 187. Heimbach, Lehrb. des partikul. Privatr. §. 186, 187.

258) Haubold a. a. O. 3. Ausg. Heimbach, Lehrb. Bd. II, S. 151 f.

259) Kursächs. erl. P. O. v. 1724 Tit. XLII, §. 8. Altenb. P. O. v. 1744 P. I. Cap. 37, §. 13. Goth. P. O. von 1776 P. I. Cap. 37, Art. IV, §. 3, N. 3.

260) Weiske a. a. O. S. 102.

da eben nur die vorher erwähnte Streitfrage zur Entscheidung vorlag. Es kann eine auf die Form des Rentenkaufes bezügliche Decision in jenem Gesetze um so weniger gefunden werden, als die kurf. Const. 23. P. II. die Verpfändung der Allodialgrundstücke unter ausdrücklicher Berufung auf langwierigen Gebrauch der Orte, wo sächsisches Recht gilt, an die Insinuation des Richtes der gelegenen Sache bindet, sonst aber für unkräftig erklärt: „Wiewohl nach gemeinen Rechten ein jeder seine Güter ohne gerichtliche Insinuation oppignoriren und verpfänden kann, so ist doch solches der Oerter, da Sächsisch Recht gehalten, anders eingeführt, nämlich daß die Special-Verpfändung unbeweglicher Güter, oder aber auch, wenn sie gleich general und allgemein auf alle Güter gerichtet, für der Obrigkeit, unter welcher sie gelegen, oder auch den Lehen-Herren muß insinuirt werden, sonst aber unkräftig seyn." War der Rentenkauf gleich keine römische Verpfändung, so gewährte er doch dem Rentenkäufer ein viel stärkeres Recht am Grundstücke, als ein Pfandrecht und es kann daher nach dem Rechte der Constitutionen die Mitwirkung des Richters der gelegenen Sache bei dem Rentenkaufe nicht als ausgeschlossen, sie muß vielmehr für nothwendig angesehen werden. Dazu kommt, daß die gerichtliche Auflassung als über deren Nothwendigkeit zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken unter den sächsischen Juristen des 17. Jahrhundertes Streit entstand, nach dem Zeugnisse der kurf. Decisionen von 1661[261]) „in der üblichen Observanz befunden" und diese Observanz gesetzlich bestätigt wurde; ferner daß Carpzov[262]) es als eine unbestrittene Regel des sächsischen Rechtes hinstellt, daß Immobilien ohne Zustimmung des Richters nicht veräußert werden können, und daher selbst die Verpfändung jährlicher Renten an die richterliche Mitwirkung bindet[263]). Auch die Const. 2. P. II., welche Weiske für seine Ansicht, daß nach sächsischem Rechte jährliche Renten durch einen bloßen Vertrag bestellt werden könnten, anzieht, spricht nicht dafür, wenigstens bezieht Carpzov P. II. Const. 2. def. 1. die Verjährung des ganzen Rechtes nicht auf wiederkäufliche Renten, und wenn wir auch die Ansicht von Carpzov nicht theilen und auch bei diesen eine Verjährung des ganzen Rechtes annehmen, so geschieht dies in Betracht des dem Rentenkäufer zustehenden dinglichen Rechtes. Wir sind der Meinung, die Concurrenz des Richters der gelegenen Sache bei einem Kaufe von Renten aus einem Grundstücke sei eine sich so von selbst verstehende Sache gewesen, daß der Gesetzgeber es nicht für nöthig gehalten hat, darüber besondere Bestimmung zu erlassen. Daraus erklären wir auch, warum die älteren sächsischen Juristen regelmäßig nur des Rentenkaufes, nicht aber der gerichtlichen Auflassung oder Bestätigung dabei gedenken. Allerdings ist von den Juristen vor der

261) Dec. 61. v. 1661.
262) P. II. Const. 23. def. 1.
263) Carpzov l. c. def. 2.

erläuterten P. O. dies verkannt worden und es machte sich in den Wittenberger Spruchcollegien die Ansicht geltend, daß der Rentenkauf keiner gerichtlichen Mitwirkung bedürfe[264]), während das Hofgericht zu Wittenberg und das Appellationsgericht zu Dresden die entgegengesetzte Meinung von Berger[265]) befolgten. Deshalb erfolgte in der erl. P. O. Tit. XLII, §. 8 eine Entscheidung dieser Streitfrage dahin, daß in Zukunft wiederkäufliche Hauptstämme und Zinsen, nur wenn sie gerichtlich constituiret und consentiret wären, ein ius reale und auch dann kein ius prioritatis genießen, sondern nur ein den ausdrücklichen Hypotheken gleiches Recht haben sollten. Man kann daher hierin nur eine wiederholte Anerkennung des früher Gebräuchlichen, aber durch die Juristen zweifelhaft Gewordenen erblicken. Hiernach ist nun im Königreiche Sachsen und im Herzogthume S. Gotha[266]) der Rentenkauf, insoweit der Hauptstamm wiederkäuflich ist, der ausdrücklichen Verpfändung gleichgestellt, woraus sich erklärt, daß dort dieses Geschäft in Abnahme gekommen ist, während in letzterem Lande unablösliche Zinsen immer noch das Vorzugsrecht der Reallasten in der ersten Klasse haben[267]). Im Herzogthume S. Altenburg nahm die Sache einen anderen Gang, indem dort wiederkäufliche und unablösliche Zinsen, wenn sie gerichtlich bestätigt und bei Lehengütern consentirt waren, ein Vorzugsrecht in der ersten Klasse der Gläubiger erhielten[268]). Der Umfang, in welchem Reallasten durch Vertrag bestellt werden können, ist keineswegs unbeschränkt, so daß nicht jede denkbare Leistung auf Grund und Boden radicirt werden kann, sondern derselbe beschränkt sich auf die Fälle, bei welchen man von jeher stehen geblieben ist, nämlich auf Radicirung einer Fruchtrente oder Geldrente, oder landwirthschaftlicher Dienste auf ein Grundstück[269]). Daß Dienste auf einzelnen Grundstücken noch heutzutage auf diese Weise bestellt werden können, kann nicht bezweifelt werden, selbst wenn man mit Weiske die gutsherrlich-bäuerlichen Dienste als ursprünglich öffentlich rechtliche ansieht. Denn wir haben bereits darauf aufmerksam gemacht, daß dies selbst, wenn man diesen Gesichtspunkt anerkennt, doch mit Beschränkung zu verstehen sei. Die Ungunst, in welcher diese sog. Feudallasten bei den Zeitgenossen stehen, hat in vielen teutschen Ländern nicht nur zu Ablösungsgesetzen, sondern auch zu der Bestimmung geführt, daß solche für die Zukunft unter

---

264) Rivinus, Enunc. iur. T. XLII. n. 37.

265) Elect. diss. for. (Lips. 1706). Suppl. Tit. XLII. Obs. 2. anim. 2. p. 1813.

266) Goth. P. O. P. I. Cap. 37, Art. IV, §. 3, S. 212.

267) Goth. P. O. a. a. O. §. 2, S. 208.

268) Altenb. P. O. P. I. Cap. 37, §. 13, N. 7, S. 238.

269) Duncker a. a. O. S. 483 flg. Albrecht in Richter, krit. Jahrb. für teutsche RW. (1839) S. 323. A. M. sind Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 323, Ausg. 2. Phillips, teutsch. Privatr. §. 119, Ausgabe 3, welche sich für ein völlig freies Princip der Radicirung aussprechen.

keinerlei Rechtsform wieder eingeführt werden können[270]. b) Census reservativus. In ganz Teutschland war seit alter Zeit das Rechtsgeschäft üblich, wodurch der Eigenthümer sich bei Uebertragung des vollen Eigenthums eines Grundstückes einen davon zu zahlenden jährlichen Grundzins vorbehielt. Der Zinsgeber war hier nicht weniger der volle Eigenthümer des mit dem Grundzinse belasteten Grundstückes, als bei dem constituirten Zinse. Am häufigsten kam der vorbehaltene Zins auf dem Gebiete des Privatrechtes vor. Der vorbehaltene Zins konnte theils in Geld, theils in Naturalleistungen aller Art bestehen. Vorzüglich kamen dergleichen Vorbehalte bei Ueberlassungen von Grundeigenthum an die Erben bei Lebzeiten des Eigenthümers oder an Kirchen und kirchliche Corporationen und Stiftungen vor, und in diesen ist der Ursprung der Leibzucht oder des Auszuges zu suchen[271]. Das Recht, welches wegen der vorbehaltenen Leistung bei dem Veräußerer zurückblieb, war immer ein dingliches; denn da der Eigenthümer sich seines Rechtes ganz und gar begeben konnte, so stand ihm auch der Vorbehalt gewisser Rechte bei der Auflassung unzweifelhaft zu. Sehr häufig wurde bei Ueberlassungen an die Kirche und milde Stiftungen ein lebenslänglicher oder auch auf die Kinder übergehender Nießbrauch vorbehalten[272]; ebenso geschah es mit dem Vorbehalte einer Rente[273]. Die Reception des römischen Rechtes konnte auf den vorbehaltenen Zins zunächst keinen Einfluß äußern; denn da dasselbe auch Vorbehalt des Nießbrauches und der Prädialservituten bei Veräußerungen des Grundeigenthums dem Veräußerer gestattet, so war bei dessen Uebereinstimmung mit dem teutschen in Ansehung des Vorbehaltes dinglicher Rechte auch von Seiten der romanisirenden Juristen eine Anfechtung des Princips nicht möglich, zumal man in der älteren Zeit die Reallasten als servitutes in faciendo betrachtete. Der Grund, weshalb der Vorbehalt eines Zinses bei Uebertragung des vollen Eigenthums allmälig außer Gebrauch kam, ist demnach weniger in der Reception des römischen Rechtes, als in der Unbequemlichkeit des Geschäftes zu suchen. Die Fälle, wo aus Frömmigkeit und um der künftigen Seligkeit willen Ueberlassung von Grundeigenthum unter Vorbehalt einer Rente an die Kirche und milde Stiftungen stattfand, waren eine Seltenheit. Die Ueberlassung geschah meistens unter onerosem Titel, was hin und wieder auch schon im Mittelalter vorgekommen war, in der Form des Kaufes. Dabei konnte nun entweder neben dem baar bezahlten Kaufpreise noch

270) Vgl. z. B. die bei Heimbach, Lehrb. des partikul. Privatr. Bd. II, §. 362, 366, 367 angezogenen Gesetze der zu dem OAGericht zu Jena vereinten Staaten.

271) Runde, Lehre von der Leibzucht §. 3 flg. S. 11 flg. Vgl. auch Duncker, in der Zeitschr. für teutsch. Recht a. a. O. S. 485 flg. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. I, S. 144 flg.

272) Beseler a. a. O. S. 71 flg.

273) Beseler a. a. O. S. 71. Duncker a. a. O. S. 488.

eine kleine Rente aus dem Gute vorbehalten werden, oder es wurde der ganze Kaufpreis in einen auf das Gut zu legenden Zins verwandelt. Ersteres hatte aber seine Unbequemlichkeiten, und darin liegt wohl der Grund, warum die Juristen des 18. Jahrhundertes den vorbehaltenen Zins entweder ganz mit Stillschweigen übergehen, oder nur beiläufig als Gegensatz des constituirten Zinses erwähnen[274]). Der Vorbehalt eines Zinses bei Veräußerung des vollen Eigenthums kommt zwar regelmäßig nicht mehr vor; er hat sich aber doch in einem Institute erhalten, dessen genauer Zusammenhang mit dem älteren Rechte außer Zweifel ist, nämlich in der Leibzucht oder dem Auszuge, reservatum rusticum. Deshalb genügt es, auf die classische Abhandlung von Runde, in welcher auch der Partikulargesetzgebungen gedacht ist, zu verweisen. Für die sächsischen Länder und Länder sächsischen Rechtes ist es ganz unbestritten, daß ein bei Uebertragung des Grundeigenthums vom Veräußerer vorbehaltener Auszug eine Reallast sei, vorausgesetzt, daß der Vertrag, wodurch er bestellt wurde, die gerichtliche Bestätigung erhalten hat. Es ist die gerichtliche Bestätigung des Contractes, um dem Auszuge die Eigenschaft einer Reallast zu verleihen, auch durch ausdrückliche Gesetze für nothwendig erachtet worden[275]), obwohl es dessen nicht bedurfte, da ohnehin nach sächsischem Rechte jeder über Grundeigenthum geschlossene Veräußerungscontract der Bestätigung des Richters der gelegenen Sache bedarf[276]). Daß die Bestätigung von dem Gerichte des Wohnortes des Auszüglers hinzutreten müsse, ist nach einzelnen Gesetzen zur Giltigkeit des Ernährungsvertrages erforderlich[277]), kann aber als Erforderniß dazu nach gemeinem sächsischen Rechte nicht angesehen werden. Merkwürdig ist, daß die sächsischen Juristen vor der kursächsischen erläuterten Proceßordnung von 1724 das Vorrecht des Auszuges als einer Reallast im Concurse auf das in der alten kursächs. P. O. v. 1622 Tit. XLII, §. 6 der jährlichen Zinsen wiederkäuflicher Hauptstämme, also der gekauften Renten, eingeräumte absolute Vorzugsrecht als Reallasten gründeten, indem sie den Auszug solchen Renten gleichstellten[278]). Obgleich sie hierin lediglich von dem Standpunkte

274) Duncker a. a. O. S. 489.

275) Kursächs. erl. P. O. Tit. XXXIX, §. 11. Rescript vom 28. Februar 1726.

276) Daher erkennen auch die Altenb. P. O. v. 1744 P. I. Cap. 35, §. 14. Goth. P. O. v. 1776 P. I. Cap. 35, §. 12 die Eigenschaft des Auszuges als einer durch nothwendige Subhastation nicht erlöschenden Last, einer Reallast, welche sie in dieser Beziehung den Servituten gleichstellen, an, ohne der gerichtlichen Bestätigung zu erwähnen, weil sich diese nach dem sächsischen Rechte von selbst versteht.

277) Weim. Eis. Ges. über Ernährungsverträge v. 26. April 1833 §. 1. Sondersh. Ges. v. 13 Febr. 1786 §. 1.

278) Vgl. Gottschalk, discept. for. T. I. c. 29. der die Meinungen der Juristen von der P. O. von 1726 anführt. S. auch Heimbach, Lehrbuch des partikul. Privatr. Bd. II, S. 390.

ihrer Landesgesetzgebung ausgingen, so haben sie doch unbewußt das Richtige getroffen, indem nach dem Obigen der Auszug allerdings eine Rente ist, aber keine constituirte, sondern eine bei Veräußerung eines Grundstückes vorbehaltene. Die Gleichstellung beider als Reallasten durch die sächsischen Juristen ist demnach ganz im Geiste des älteren teutschen Rechtes. Das Resultat ist, daß Reallasten noch heutzutage an Grundstücken durch Vertrag bestellt, bezüglich durch Vorbehalt des bisherigen Eigenthümers bei Uebertragung des Grundeigenthums begründet werden können, wenn zu dem Vertrage die Bestätigung des Richters der gelegenen Sache oder überhaupt Mitwirkung derjenigen Behörde, deren Concurrenz bei Veräußerungen und Belastungen der Immobilien nach der Landesverfassung nothwendig ist, hinzutritt. 3) Letztwillige Verfügung. Ob dadurch eine Reallast begründet werden könne, ist ebenfalls bestritten. Die älteren Juristen erklären sich dafür, weil sie die Reallasten der Servituten analog behandeln[279]. Von den neueren Juristen ist Maurenbrecher ohne irgend eine Beschränkung dafür[280], während Eichhorn die Entstehung durch letzten Willen nur in denselben Fällen zuläßt, in welchen eine Reallast durch Vertrag begründet werden kann[281]. Schwarz macht einen Unterschied, ob der Testator ein ihm eigenthümliches Grundstück mit einer Reallast beschwert, oder ein fremdes; im ersten Falle erhalte der Legatar ein Pfandrecht und könne die Reallast oder das Grundstück vom dritten Besitzer fordern; im zweiten Falle verpflichtet seine Verfügung nur den Besitzer und dessen Erben, nicht Dritte[282]. Duncker[283] hat sich früher, wo er eine Begründung der Reallasten durch Vertrag für unzulässig hielt, auch gegen eine solche durch letzten Willen ausgesprochen; ob er, nachdem er seine frühere Ansicht zurückgenommen hat, auch in letzterer Beziehung dieselbe modificirt hätte, darüber hat er sich nicht erklärt. Gerber[284] läßt Bestellung von Reallasten durch letzten Willen zu, sobald derselbe gerichtliche Act, wie bei einem Vertrage hinzutritt. Der hier angenommenen Ansicht von der vertragsmäßigen Begründung gemäß, muß consequenter Weise des Letzteren Meinung getheilt werden. Der gerichtliche Act, bestehe derselbe nur in gerichtlicher Bestätigung, oder in der Eintragung in das Grundbuch, kann natürlich erst nach dem Tode des Testators erfolgen, weil dann erst das Recht des Legatars existent geworden ist. 4) Verjährung. Auch darüber, ob Reallasten durch Verjährung begründet werden können, sind die Ansichten sehr verschieden[285]. Das ältere

279) S. die Citate bei Duncker, Reallasten S. 137, N. 205.
280) Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 253.
281) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 163 a. E.
282) Schwarz, Reallasten §. 15, N. 4.
283) Duncker, Reallasten S. 137.
284) Gerber, teutsch. Privatr. §. 169.
285) Vgl. Duncker, Reallasten §. 28, 29, S. 138—149.

teutsche Recht, welches einen Erwerb der Rechte durch fortgesetzten Besitz nicht kennt, gewährt in Bezug auf diese Frage keinen Anhalt. Die rechte Gewere, welche derjenige erlangte, welcher nach vorhergegangener gerichtlicher Auflassung sich Jahr und Tag im Genusse einer nicht vom Eigenthümer bestellten Rente befunden hatte, ist, abgesehen von ihrem völligen Verschwinden aus der Reihe der praktischen Institute, nicht geeignet, hier ein leitendes Princip abzugeben, weil ihre Grundlage eine ganz andere ist, als die der römischen Ersitzung. Nur einzelne Partikularrechte legen dem Besitze von Jahr und Tag in diesen Verhältnissen noch Bedeutung und Wirksamkeit bei[286]); dieser Besitz hat im wesentlichen die Natur der römischen Ersitzung. Die älteren Juristen, welche die Reallasten wie Servituten behandeln, lassen die Entstehung einer Reallast durch fortgesetzten Besitz in 10 oder 20 Jahren ganz wie bei Servituten, zu[287]). Namentlich sind dieser Meinung die sächsischen Juristen und Gerichte gefolgt, nur daß sie einen durch die sächsische Verjährungszeit bei Immobilien von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen fortgesetzten Besitz verlangen[288]). Für die Zulassung der bestimmten Verjährung haben sich auch einzelne Neuere erklärt[289]). Andere lassen nur die unvordenkliche Verjährung zu[290]), weichen aber in Gründen dazu ab, indem Einige dies darauf stellen, daß das Recht auf terminliche Leistungen einer servitus discontinua vergleichbar sei, zu deren Erwerb nach der Ansicht älterer Juristen unvordenklicher Besitz erfordert wurde[291]); Andere darauf, daß die Reallast auf einer obligatio beruhe, Begründung eines Forderungsrechtes durch Verjährung unzulässig sei[292]). Eichhorn[293]) macht auch hier den Unterschied, ob der bisherige Empfänger von Leistungen aus einer bestimmten Sache keine Proprietätsrechte an derselben hatte, oder ob ihm solche zustanden; im ersten Falle läßt er Erwerb nur durch unvordenkliche Verjährung zu; durch die bestimmte und zwar 30jährige ausnahmsweise nur da, wo eine Reallast durch Vertrag begründet werden kann; im zweiten Falle unterscheidet er wieder, ob das Eigenthumsrecht des Verleihers unbestritten und nur das Recht auf eine bei der Verleihung nicht ausdrücklich bedungene Leistung in Frage ist, oder ob neben dem Zinse der Erwerb des dominium directum durch Verjährung in Frage steht, indem der wahre

---

286) Lübisch Recht Bd. III, Tit. VI, Art. 3. Hamburg. Stadtr. Th. I, Tit. XXX, Art. 3.

287) Vgl. die Citate bei Duncker a. a. O. N. 215—218, S. 139 flg.

288) Kind, Quaest. for. T. II. c. 7. Haubold, kön. sächs. Privatr. §. 470. Emminghaus, Pand. des gem. sächs. Rechtes S. 820 flg.

289) Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 253.

290) Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 196, Ausgabe 6. Gerber, teutsch. Privatr. §. 169. Renaud, Reallasten S. 110, N. 254.

291) S. die Citate bei Duncker a. a. O. N. 221, 222, S. 140.

292) Unterholzner, Verjährungslehre Th. II, §. 254. Gerber a. a. O. u. N. 8.

293) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 163, 164.

Eigenthümer, der sich bisher als Lehensmann gerirte und einen Zins entrichtete, dasselbe verliert, so daß dadurch sein früheres volles Eigenthum in ein zinspflichtiges Nutzungseigenthum verwandelt wird. Duncker[294]) hält eine analoge Anwendung der römischen Servitutenersitzung nur auf diejenigen teutschrechtlichen Verhältnisse für zulässig, welche sich unter den Gattungsbegriff der Servituten bringen lassen, wie die dem teutschen Rechte eigenthümlichen Servituten, z. B. das Jagdrecht, schließt sie dagegen bei den Reallasten wegen ihrer von den Servituten ganz verschiedenen Natur aus, selbst bei den Zehnten, indem die hierauf bezügliche kanonische Gesetzstelle[295]) nicht von der erwerbenden Verjährung, sondern vielmehr umgekehrt von dem Verluste der Klage des Zehntberechtigten handele. Doch schreibt er dem 30jährigen Quasibesitze einer Reallast die Wirkung zu, daß derselbe, da nach Ablauf von 30 Jahren die negatoria actio erlösche, durch das Petitorium nicht wieder entzogen werden könne. Duncker's Ansicht hängt damit zusammen, daß er früher eine Begründung der Reallast durch Vertrag für unstatthaft hielt, folgeweise auch einen Titel der Verjährung auf Grund eines Vertrages nicht annehmen konnte. Da er später seine Ansicht hinsichtlich der vertragsmäßigen Begründung einer Reallast geändert und solche für zulässig erachtet, so ist anzunehmen, daß er auch seine Ansicht hinsichtlich der Verjährung geändert haben würde. Auch Renaud[296]) hält einen Erwerb einer Reallastberechtigung durch bestimmte Verjährung für unzulässig, weil ihm überhaupt die neue Errichtung von Reallasten unmöglich erscheint; übrigens schließt er sich der Ansicht von Duncker an, auch darin, daß er wie dieser einen Erwerb durch unvordenkliche Verjährung zuläßt[297]). Weiske[298]) läßt Entstehung der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, weil er solche als öffentlich rechtliche ansieht, und keinen Quasibesitz bei ihnen annimmt, durch Verjährung nicht zu, sondern nur durch rechtsverwährte Gewohnheit oder Herkommen, selbst nach dem Rechte der Constitutionen. Nach dem späteren sächsischen Rechte giebt er die Verjährung, welche in den Gesetzen von dem Gewohnheitsrechte nicht unterschieden werde, als möglich zu. Unserem Erachten nach muß die bestimmte Verjährung zur Begründung von Reallasten unbeschränkt zugelassen werden. Da selbst diejenigen, welche als Grundlage der Reallast ein obligatorisches Recht annehmen, doch zugestehen müssen, daß vermöge allgemeinen Gewohnheitsrechtes ein Quasibesitz einer solchen Berechtigung erworben werden könne, so berechtigt diese gewohnheitsrechtliche Auffassung auch zur Anwendung der römischen Servitutenverjährung auf diese Verhältnisse. Dies kann nach unserer Ansicht von der Natur der Reallasten um so weniger bedenklich sein, da sie nach

294) Duncker, Reallasten §. 29, S. 141 flg.
295) Cap. 6. X. (II. 26.)
296) Renaud, Reallasten S. 110.
297) Duncker a. a. O. S. 148 flg. Renaud a. a. O. S. 110, N. 254.
298) Weiske, Gutsherrlichkeit S. 102.

dieser dingliche Rechte sind. Hätten die Römer diese Verhältnisse gekannt (die Grundsteuern und Communallasten gehören nicht hierher), so würde es bei ihnen an Normen dafür, auch hinsichtlich der Verjährung nicht gefehlt haben. Es ist inconsequent, auf der einen Seite römische Rechtssätze auf einheimische den Römern unbekannte Verhältnisse anzuwenden, auf der anderen Seite, sobald diese Anwendung in einer Beziehung feststeht, von den weiteren Consequenzen dieser Anwendung zurückzuschrecken. Steht einmal der Quasibesitz bei Reallasten, die Anwendung der aus dem römischen Rechte herübergenommenen possessorischen und petitorischen Rechtsmittel fest, so ist auch die weitere Anwendung der römischen Grundsätze, namentlich hinsichtlich der Verjährung nothwendig geboten. Hiernach muß der durch 10 oder 20 Jahre mit gutem Glauben unter rechtlichem Titel fortgesetzte Quasibesitz einer Reallastberechtigung zum Erwerbe des Rechtes selbst führen. Ist ein Titel nicht erweislich, so schützt den Besitzer die 30jährige Verjährung und er erwirbt auch das Recht und die damit verbundene Klage, nach Analogie der hier einschlagenden sich eigentlich nur auf die Eigenthumsersitzung beziehenden römischen Bestimmung [299]), deren Anwendung hier um so weniger Bedenken hat, als es selbst im römischen Rechte auch andere Fälle giebt, wo ein lange fortgesetzter selbst untitulirter Besitz das Recht selbst gewährt [300]). In der That wird in den Ländern, wo sächsisches Recht und sächsischer Proceß gilt, die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen zur Begründung der privatrechtlichen Reallasten wegen des bei ihnen durch die Gesetze, selbst bei den gutsherrlichen Lasten angenommenen Quasibesitzes für zulässig erachtet und es ist darüber auch nach dem jetzigen Gerichtsgebrauche der sächsischen Gerichte kein Zweifel [301]). Es beruht dies weniger auf Gesetz [302]), als auf feststehen-

299) L. 8. §. 1. C. (VII. 39.) Streng genommen dürfte diese Bestimmung nicht einmal auf die Servitutenverjährung angewendet werden, während doch über deren Anwendung Einverständniß herrscht.

300) L. 14. C. de fundis patrimonialibus (XI. 62. (61.)) Hier ist von einem 40jährigen Besitze der fundi patrimoniales die Rede, augenscheinlich weil die Verjährung gegen den Fiscus geht.

301) Haubold, kön. sächs. Privatr. §. 470. Heimbach, Lehrb. des partikul. Privatr. §. 359. Emminghaus, Pand. des gem. sächs. Rechtes S. 820 flg. Das OAGericht zu Jena folgt in allen zu seinem Bezirke gehörigen Staaten dieser Ansicht, wie aus eigener langjähriger Erfahrung bestätigt werden kann.

302) Denn Const. elect. Saxon. 4. P. II. enthält nur eine Bestimmung hinsichtlich der Dienste. Die kursächs. Dec. 5 von 1746 handelt nur von der aufhebenden Verjährung. Nur in Bezug auf die Laudemialpflicht, welche nach gemeinem Rechte nicht einmal zu den eigentlichen Reallasten gerechnet wird, enthalten die sächsischen Gesetze die Bestimmung, daß durch Verjährung sowohl die Laudemialpflicht überhaupt begründet, als die Fälle, in welchen solche eintritt, bestimmt werden können. Const. elect. Saxon. sep. 1. von 1572. Landesordn. Herzog Johann Friedrich des Mittleren von 1556 Cap. 16. Gemeinschaftliche Landesordn. der Herzöge von S. Weimar und S. Altenburg von 1589 Cap. 24. Landesordn. Herzog Ernst des Frommen von S. Gotha von 1666 P. II. Cap. 2,

der Doctrin und Praxis, also auf gewohnheitsrechtlicher Auffassung. Diese schließt sich aber dem älteren teutschen Rechte an und hat das römische Recht damit in Einklang zu bringen gewußt. Das sächsische Recht hat der Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen die Wirkung beigelegt, die zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken nothwendige gerichtliche Auflassung von Seiten des vorigen Eigenthümers zu ersetzen, so daß, wenn der Besitzer die Verjährung für sich hat, auch ohne diese das bürgerliche Eigenthum desselben am Grundstücke vom Richter der gelegenen Sache anerkannt werden kann und muß, indem der Besitzer solchenfalls ein Recht auf Lehensreichung hat. Ebenso ist das sächsische Recht dem älteren teutschen Rechte darin gefolgt, daß es, gleichwie dieses die Constituirung der Reallasten durch Vertrag in der Form der gerichtlichen Auflassung gestattet, ebenso dieselbe durch einen Vertrag von Seiten des Eigenthümers, der die gerichtliche Auflassung zu bewirken hat, zuläßt und nur dessen Bestätigung von Seiten des Richters der gelegenen Sache verlangt, welche an die Stelle der gerichtlichen Auflassung deshalb trat, weil dieselbe allmälig auf den Fall der gänzlichen Eigenthumsentäußerung und Veräußerung beschränkt wurde. Sowie nun die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen für hinreichend erachtet wurde, den Mangel der gerichtlichen Auflassung bei Eigenthumsübertragung zu ersetzen, so wurde ganz consequent auch bei Reallasten der Mangel der gerichtlichen Auflassung bei Constituirung derselben durch den so lange fortgesetzten Quasibesitz ersetzt. Das römische Recht äußerte nur insoweit Einfluß, daß man bei einem seit rechtsverwährter Zeit (seit 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen) fortgesetzten Besitz nicht einmal einen Titel verlangte, weil das römische Recht bei der außerordentlichen Ersitzung keinen solchen fordert, und diese sächsische bei Immobilien und Rechten an unbeweglichen Sachen regelmäßig eintretende Verjährung länger ist, als die römische 30jährige. Diese sächsische Doctrin und Praxis enthält unserem Erachten nach das allein Richtige und sie ist für das gemeine teutsche Recht um so maßgebender, je genauer der Zusammenhang ist, in welchem erwiesenermaßen das sächsische Recht auch in der Lehre von Reallasten mit dem älteren teutschen Rechte steht, je treuer es einerseits dessen Charakter bewahrt und doch andererseits mit Beibehaltung seiner Eigenthümlichkeiten mit

---

Tit. XVIII. Die Gesetze sprechen von Uebung seit rechtsverwährter Zeit, und brauchen auch dafür den Ausdruck Herkommen und Gewohnheit. Es ist nun zwar richtig, daß, wie Weiske a. a. O. S. 98, 102 bemerkt, Verjährung und Herkommen in diesen und anderen sächsischen Gesetzen mit einander verwechselt wird, und eigentlich mit der Verjährung das rechtsverwährte Gewohnheitsrecht, das Herkommen gemeint ist. Dennoch halten wir wegen des in den Gesetzen auch bei den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten angenommenen Quasibesitzes einen Erwerb der Berechtigung gegen ein bestimmtes Grundstück für zulässig und finden, da wir den Unterschied zwischen Verjährung und Herkommen durchaus nicht verkennen, einen Unterschied hinsichtlich der factischen Begründung und des Beweises, welche freilich bei beiden ganz verschieden sind.

dem römischen Rechte in Verbindung gesetzt hat. Man gelangt auch nur dadurch, daß man die Verjährung als Entstehungsgrund der Reallasten anerkennt, zu einem gesicherten Rechtszustande; denn daß die bloße Aufhebung der Negatorienklage des Eigenthümers des Grundstückes, von welchem die Leistung während der Verjährungszeit entrichtet worden ist, dem Besitzer dann unnütz ist, wenn er die zur Anstellung des possessorischen Rechtsmittels bestimmte Zeit versäumt hat, ist klar. Da nach der hier vertheidigten Ansicht Bestellung der Reallasten durch Vertrag und letzten Willen möglich ist, auch Erwerb durch Verjährung stattfindet, so muß die actio confessoria utilis auch als publicianische Klage gestattet werden.

IV. Verwandelung der Reallasten [303]). Die Verwandelung der Reallast geschieht dadurch, daß der Berechtigte seinen Anspruch auf die ursprüngliche Art der Leistung verliert und statt dessen einen Anspruch auf ein Surrogat erwirbt; z. B. statt der ursprünglichen Naturalleistung ein Aequivalent in Geld, oder statt des Zugzehnten den Sackzehnten. Die Verwandelung ungemessener Dienste in gemessene ist keine Verwandelung, sondern eine Beschränkung des Rechtes auf ein bestimmtes Maß. Manche sehen in der Verwandelung einer Reallast eine Aufhebung der alten verbunden mit der Entstehung einer neuen [304]); was indessen unrichtig ist, da erstens in der Verwandelung keine Aufhebung der Reallast selbst, und zweitens in der Substituirung eines Surrogates nicht die Begründung einer neuen Reallast liegt. Jene Ansicht würde bei der Verwandelung einer Reallast durch Vertrag nach der Meinung derjenigen, welche Begründung einer solchen durch Vertrag nicht zulassen, dazu führen, daß durch den Verwandelungsvertrag die alte Reallast aufgehoben sei, eine neue aber nicht an deren Stelle trete [305]). Auch darüber, auf welchem Wege eine Verwandelung eintreten könne, sind die Meinungen verschieden. Einige lassen dieselbe auf dem Wege des Vertrages, unvordenklicher und bestimmter qualificirter Verjährung zu [306]). Dagegen erklärt sich Renaud [307]) gegen Umwandelung durch Vertrag und bestimmte Verjährung, und läßt eine solche nur durch Gesetz zu; die unvordenkliche Verjährung will er als Verwandelungsgrund nicht gelten lassen, weil solche nur eine praesumtio iuris et de iure begründe, daß eine rechtskräftige Verwandelung stattgefunden habe. Die Verwandelung durch Gesetz hat keine Schwierigkeiten. Ein Vertrag, wodurch die Reallast verwandelt wird, kann

303) Duncker, Reallasten §. 34, S. 159—162. Renaud, Reallasten §. 8, S. 113—117.

304) Ortloff, Grundzüge des teutschen Privatr. §. 235, N. 4.

305) Duncker a. a. O. S. 159 flg.

306) Duncker a. a. O. S. 160 flg. Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 197, Ausg. 6. Qualificirte Verjährung läßt Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 167 zu.

307) Renaud a. a. O. S. 115—117.

an sich nur die Contrahenten und ihre Erben binden; wenn aber derselbe unter Concurrenz des Richters der gelegenen Sache geschlossen ist, so bindet er nach der obigen Ausführung auch dritte Besitzer[308]). Die Verjährung als Grund der Verwandelung anlangend, so bietet die unvordenkliche keine Schwierigkeit; wenn man sie auch nur als eine Rechtsvermuthung für den factischen Zustand gelten läßt, so hat sie doch in der That, wenn sie feststeht, dieselbe Wirkung, wie der wirkliche Rechtserwerb. Jedenfalls schließt sie ein Zurückgehen auf die ursprüngliche Naturalleistung aus, und die Annahme des Gegentheiles von Seiten einiger Juristen, wenn nur die ursprüngliche Entrichtung der Naturalleistung erweislich sei, weil in diesem Falle die Naturalleistung gegen das in Geld gegebene Surrogat verpachtet sei, ein Rechtsverhältniß aber Besitz und Verjährung nicht zulasse, ist unbegründet, weil, wenn auch jener Beweis erbracht wird, daraus immer noch nicht folgt, daß ein Pachtcontract der Grund der Verwandelung der Naturalleistung in ein Surrogat sei[309]). Eine Verwandelung einer Reallast auf dem Wege der bestimmten Verjährung hält Duncker insofern für möglich, als, wenn der Berechtigte oder der Verpflichtete auf die Naturalleistung zurückgehen wolle und sich bei dem Widerspruche des Anderen 30 Jahre beruhigt habe, der Berechtigte in dieser Zeit, wenn gegen ihn der Widerspruch geltend gemacht wurde, seine confessoria actio, soweit sie auf die ursprüngliche Leistung, und der Eigenthümer der belasteten Sache im entgegengesetzten Falle seine negatoria actio, so weit sie gegen die bisherige Leistungsart gerichtet sei, verliere[310]). Dagegen hält Renaud[311]) diese verwandelnde Klagenverjährung für unzulässig. Wenn aber, wie oben angeführt wurde, die Verjährung als Grund der Entstehung der Reallasten anzuerkennen ist, so muß hier um so mehr, hinsichtlich der Verwandelung der Reallasten, Wirkung eingeräumt werden. Die Verjährung wird aber immer die 30jährige sein müssen und erst von der Zeit an berechnet werden können, wo die ursprüngliche Leistung geweigert und statt derselben ein Surrogat entrichtet worden ist. Die sächsische Doctrin und Praxis läßt unbeschränkt die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen zu und verlangt nicht einmal zum Anfange der Verjährung, daß der ursprünglichen Leistung widersprochen worden ist, sondern sie hält die bloße Entrichtung eines Surrogates während der Verjährungszeit zur Verwandelung für genügend[312]).

308) Gerber, teutsch. Privatr. §. 169, N. 9 verlangt mit Recht einen gewöhnlichen Act, während Duncker a. a. O. S. 160 einen einfachen Vertrag genügen läßt.

309) Duncker a. a. O. S. 161.

310) Duncker a. a. O. S. 161 flg.

311) Renaud a. a. O. S. 116 flg.

312) Anlaß hat Const. elect. Saxon. 4. P. II. gegeben, deren Bestimmungen aber selbst zweifelhaft sind. Wenn Günther, Comm. ad const. Saxon. P. II. const. 4. Sp. 2. (Lips. 1845) p. 7 sq. unter Berufung auf ein Gutachten der

V. Uebertragung der Reallasten[313]. Einige wollen die Statthaftigkeit einer Uebertragung einer der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung durch Vertrag oder letzten Willen lediglich nach den Grundsätzen von der Cession der Forderungsrechte beurtheilt wissen, was mit der Ansicht zusammenhängt, daß diesen Verhältnissen eine obligatio zum Grunde liege[314]. Allein da die Berechtigung eine dingliche ist und den unbeweglichen Sachen beigezählt wird, so ist deren Uebertragung nur in der für die Uebertragung der Immobilien vorgeschriebenen oder herkömmlichen Form möglich. Das ältere teutsche Recht verlangte dazu gerichtliche Auflassung. Wenn auch nach römischem Rechte zur Uebertragung des Eigenthums außergerichtliche Uebergabe infolge einer iusta causa praecedens genügt, so verlangt doch das Partikularrecht regelmäßig Concurrenz des Richters der gelegenen Sache, und diese ist daher ebenfalls bei Uebertragung einer Reallastberechtigung nothwendig[315]. Eine im Bedürfnisse des freieren Verkehres begründete Ausnahme bildet die in einzelnen Partikularrechten nachgelassene freie Veräußerlichkeit

---

Juristenfacultät zu Leipzig immer zur Verjährung voraussetzt, daß der Leistung eines Dienstgeldes statt der Dienstleistung in Natur ein wenigstens stillschweigender, entweder von der Herrschaft selbst, oder von einem Dritten in ihrem Namen mit den Unterthanen geschlossener Vertrag vorausgegangen sein müsse, so hat er zwar die Autorität der Consultationes constitutionum Saxonicarum insofern für sich, als dieselben auf die bloße Leistung des Dienstgeldes statt der Frohnen seit rechtsverjährter Zeit kein Gewicht legen, sondern dem Herrn immer noch das Zurückgehen auf die Dienstleistung gestatten. Die Worte der ang. Constitution „wo sonsten keine andern Verträge vorhanden", können nur von Verträgen verstanden werden, welche die Geldleistung statt der Realleistung auf eine gewisse Zeit oder auf Widerruf beschränken, also der Verjährung ausdrücklich entgegenstehen. Allein die Verfasser der Consult. constit. Saxon. waren noch zu sehr vom römischen Rechte befangen. Die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen verlangt keinen Titel; sie stellt den seit dieser Zeit bestehenden Zustand fest; sie verlangt allerdings bona fides; diese Zeit ist aber bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen, wie auch aus der Bestimmung der Const. elect. Saxon. 3. P. II, hervorgeht, wornach die seit rechtsverjährter Zeit fortgesetzte Leistung jährlicher Zinsen in Geld und Naturalien, deren Leistung in guter Münze oder guter Qualität bedungen war, in geringerer Münze oder Qualität maßgebend ist, wenn nicht mala fides des Zinsmannes erweislich ist. Uebrigens glauben wir, daß in der Const. 4. P. II. Verjährung und Herkommen mit einander verwechselt sind und eigentlich dort vom Herkommen die Rede ist. Dies schließen wir daraus, daß das Gesetz von dem Falle handelt, wenn die Bauern (also die bäuerliche Genossenschaft oder einzelne Klassen derselben) seit rechtsverwährter Zeit anstatt der zu leistenden Dienste ein gleichförmiges Dienstgeld gegeben und nun sich der Naturalleistung weigern.

313) Duncker, Reallasten §. 35, S. 162—166. Renaud, Reallasten §. 9, S. 118—120.

314) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 165. Gerber, teutsch. Privatr. §. 169.

315) Duncker a. a. O. S. 162 flg. Renaud a. a. O. S. 118 flg. Dies ist nach dem Obigen namentlich in den sächsischen Ländern, überhaupt in allen zu dem OAGerichte zu Jena vereinigten Staaten Rechtens. Vgl. auch die bei Duncker S. 65, N. 98 und S. 163, N. 261 a citirten Statuten und anderen Partikularrechte.

der auf Häusern haftenden Renten gleich den Mobilien[316]. Eine Uebertragung der Reallastberechtigung ist unzulässig: a) wenn die Berechtigung an ein bestimmtes Grundstück geknüpft ist, dessen Pertinenz sie ist, gleich einer Servitut; sie kann solchenfalls nur mit dem berechtigten Gute übertragen werden; b) wenn die Berechtigung einer bestimmten Person zusteht, was bei der Leibzucht oder dem Auszuge partikularrechtlich häufig der Fall ist; c) wenn die Berechtigung an ein bestimmtes Amt geknüpft ist. Ob Uebertragung einer Reallastberechtigung durch Ersitzung (sog. translative Verjährung) stattfinden könne, darüber sind die Meinungen verschieden. Nach dem kanonischen Rechte findet sie blos bei den kirchlichen Zehnten statt[317], weshalb sie von Renaud[318] auf diese beschränkt, von Duncker[319] dagegen auch auf weltliche Zehnten, jedoch diese allein, von Eichhorn[320] außerdem auch auf Renten und was diesen analog ist, keineswegs aber auf alle Reallasten, ausgedehnt wird. Für die Beschränkung auf die kirchlichen Zehnten spricht der Umstand, daß die translative Verjährung voraussetzt, daß der Besitz dessen, welcher ersitzen will, dem Rechte dessen, gegen den die Ersitzung laufen soll, widerspricht, folglich einen Quasibesitz des letzteren unmöglich macht, was aber bei den Reallasten regelmäßig nicht der Fall ist, weil der bisherige Besitzer dadurch nicht entsetzt wird, daß ein Dritter die Leistungen für sich einzieht; was nur bei den kirchlichen Zehnten vorkommt, indem hier, da die Grundstücke derselben Pfarrei nur Einem Kirchenzehnt unterworfen sein können, der Quasibesitz des Einen dem Rechte des Anderen entgegen ist[321].

VI. Aufhebung der Reallasten[322]. Reallasten können erlöschen: 1) durch Consolidation, wenn der Berechtigte, sei das Recht an ein in seinem Eigenthume befindliches Grundstück geknüpft, oder ihm ohne Rücksicht auf Grundbesitz zuständig, das Eigenthum der belasteten Sache erwirbt, oder umgekehrt der Eigenthümer des belasteten Grundstückes das Eigenthum desjenigen Grundstückes, an welches die Berechtigung geknüpft ist. Auch durch Veräußerung der vormals belasteten Sache lebt die Berechtigung nicht wieder auf, so wenig wie eine Servitut[323]. Wird der Erwerb der belasteten Sache in der Art rückgängig, daß er als gar nicht geschehen betrachtet wird, z. B. im Falle des Eintrittes einer beigefügten Resolutivbedingung, so lebt auch die Reallast von selbst wieder auf; nicht aber, wenn blos eine obligatio vorhanden

---

316) Lübisches Recht Bd. III, Tit. VI, Art. 8.
317) Cap. 1. de praescript. in VI. (II. 13.)
318) Renaud, Reallasten S. 120.
319) Duncker a. a. O. S. 166.
320) Eichhorn a. a. O. §. 165.
321) Renaud a. a. O. S. 119 flg.
322) Duncker, Reallasten §. 30—33, S. 149—159. Renaud, Reallasten §. 10, S. 121—126.
323) L. 30. pr. D. (8. 2.)

ist, kraft welcher Wiederherstellung des verlorenen Rechtes beantragt werden kann[324]). 2) Durch Vertrag, welcher ein unentgeltlicher und oneroser sein kann. 3) Durch Gesetz. In vielen teutschen Staaten sind, namentlich seit der Verkündigung der durch Bundesbeschluß vom 23. August 1851 wieder aufgehobenen Grundrechte des teutschen Volkes, eine Menge Reallasten durch Gesetz entweder ganz aufgehoben, bald mit, bald ohne Entschädigung des Berechtigten, oder für ablösbar erklärt. Der Antrag auf Ablösung (Provocation) steht nach den verschiedenen Gesetzen entweder jedem Theile, oder blos dem Eigenthümer der belasteten Sache zu. Es kommt hier Alles auf die Bestimmungen der einzelnen Partikulargesetze an und ist daher auf diese zu verweisen[325]). 4) Inwiefern durch Verjährung das Recht auf Realprästationen verloren gehen könne, ist sehr bestritten. Die älteren Juristen nahmen meistens einen Verlust des Rechtes auf Dienste durch bloße Nichtleistung derselben nicht an, sondern verlangten Forderung derselben von Seiten des Berechtigten und Beruhigung desselben bei dem Widerspruche der Dienstpflichtigen. Darüber aber, ob 10 oder 20jähriger Zeitablauf genüge, oder ein 30jähriger Zeitraum erforderlich sei, sowie über die Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit der bona fides von Seiten der Dienstpflichtigen, waren die Meinungen sehr verschieden[326]). In Bezug auf das Recht auf jährliche Gefälle ist schon seit den Glossatoren streitig, ob für jede einzelne Klage eine besondere Verjährung laufe, oder ob das Recht selbst dem Verluste durch Verjährung unterworfen sei; eine Streitfrage, welche in den verschiedenen Auslegungen einer römischen Gesetzstelle[327]) ihren Grund hat. Einige der älteren Juristen nehmen das Erstere an, lassen aber das Recht selbst nach erfolgter Verweigerung der Leistung, dann aber auch, wie die Servituten, nach Ablauf von 10 oder 20 Jahren erlöschen; Andere behaupten das Letztere und nehmen ein Erlöschen der auf Geltendmachung des Rechtes auf Realprästationen gerichteten actio confessoria utilis nach Ablauf von 10 oder 20 Jahren an[328]). Mittermaier[329]) nimmt nur eine Verjährung der einzelnen seit 30 Jahren nicht geforderten Termine von deren Verfallzeit, nicht einen Verlust

---

324) Z. B. in dem Falle der L. 18. D. (8. 1.) L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. 30.

325) Die wichtigsten hierher gehörigen Landesgesetze führen an Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 199 der 6. und folgenden Ausgabe; Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 276, N. p. Ueber die Ablösungsgesetze in den zu dem OAGerichte zu Jena vereinten Staaten vgl. Heimbach, Lehrb. des partik. Privatr. §. 362, 366, 373 und die Zusätze S. 745—750 u. Bd. II die Nachträge enthaltend S. 392—395.

326) S. Duncker a. a. O. S. 152.

327) L. 7. §. 6 C. (VII. 39.)

328) Duncker a. a. O. S. 152 flg.

329) Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 198, Ausg. 6.

des ganzen Rechtes an. Eichhorn [330]) unterscheidet nach der besonderen Beschaffenheit der Berechtigung, und läßt, wo dieselbe ein der Proprietät anhängendes Recht ist, einen indirecten Verlust durch Usucapion des Eigenthums von Seiten des Besitzers zu; für Reallasten, welche mit der confessoria actio verfolgt werden können, nimmt er nach Analogie der Servituten Verlust durch bloßen Nichtgebrauch an, verlangt jedoch 30jährigen Nichtgebrauch; für Lasten, welche bei Uebertragung des Besitzes vorbehalten sind, nimmt er Verlust des Rechtes, die contractmäßigen Leistungen zu fordern, nur für jede einzelne Leistung an, obwohl dadurch die Wirksamkeit einer entgegenstehenden Observanz nicht ausgeschlossen werde. Duncker [331]) behauptet seiner Ansicht gemäß, daß die Reallastberechtigung ein dingliches mittelst der actio confessoria utilis geltend zu machendes Recht, diese Klage aber nur Eine sowohl für das ganze Recht, als für die einzelnen Leistungen sei, Verlust dieser Klage und mithin des ganzen Rechtes durch Verjährung von 30 Jahren von der Zeit an, wo der Besitzer der belasteten Sache mit der ersten Zins- oder Dienstleistung in Rückstand bleibt; er setzt jedoch bei Diensten voraus, daß der Berechtigte während der Verjährungszeit sich in der Lage befunden haben muß, sein Recht auf Dienste ausüben zu können; einen Widerspruch des Besitzers der belasteten Sache hält er zur Herbeiführung des Anfangspunktes der Verjährung nicht für nöthig. Renaud [332]) läßt einen Verlust der Reallastberechtigung durch Nichtgebrauch nicht zu, sondern nur durch usucapio libertatis. Er unterscheidet eine doppelte usucapio libertatis: 1) diejenige, welche dann eintritt, wenn ein mit einer Reallast beschwertes Grundstück von einem Dritten bona fide als ein freies in Besitz genommen und als ein freies besessen wird, welchenfalls der Besitz mit gerechtem Titel nach 10 oder 20 Jahren, sonst aber nach 30 Jahren das Grundstück als ein freies erwirbt; 2) diejenige, welche dann stattfindet, wenn ein Besitzer des Gutes, welcher die darauf haftende Last anerkannt hat, nur deren Existenz bona fide in Abrede stellt, welchenfalls er, je nachdem er einen zureichenden Titel der Befreiung hat oder nicht, in 10 und 20 oder in 30 Jahren die Freiheit des Gutes usucapirt. Gerber [333]) schließt die Aufhebung der Reallast durch Verjährung aus, legt dagegen der Klagenverjährung die gewöhnliche Wirkung bei, welche für jede einzelne Leistung besonders laufe und eine doppelte Wirkung habe, nämlich Verlust des Klagrechtes für den einzelnen bestimmten Fall, und Verlust des Klagrechtes überhaupt, wenn seit 30 Jahren nicht geklagt wurde und in dieser Zeit keine Leistung erfolgte, was er aus der Natur, welche die Reallasten und die Klage derselben nach seiner Ansicht haben, erklärt;

330) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 167.
331) Duncker a. a. O. S. 155—159.
332) Renaud a. a. O. S. 124—126.
333) Gerber, teutsch. Privatr. §. 171 u. N. 4 das.

die Klage sei nämlich 1) eine Klage auf eine einzelne Leistung, indem sie nicht den gesammten Inhalt der Obligation, sondern nur einen abgesonderten Theil derselben in das Judicium deducire; sie sei aber 2) trotzdem eine Ausübung der gesammten Obligation, da die Reallast Eine Obligation mit gespaltenen Leistungen sei. Die oben angedeutete Streitfrage über die Verjährung terminlicher Leistungen, welche auf den verschiedenen Auslegungen der L. 7. §. 6. C. (VII. 39.) beruht, berührt unserem Erachten nach die Frage über die erlöschende Verjährung der Reallasten nicht, da sich diese Stelle nur auf Leistungen, welche auf Grund eines Obligationsverhältnisses gefordert werden, bezieht[334]). Die Reallastberechtigung ist aber nach der von Duncker aufgestellten hier angenommenen und vertheidigten Ansicht kein Forderungsrecht, sondern ein dingliches durch die actio confessoria utilis zu verfolgendes Recht. Bei Servituten ist die Confessorienklage von der Zeit an actio nata, wo eine Handlung unternommen wird, welche dem Rechte des Servitutberechtigten entgegenläuft; von diesem Moment an fängt auch die Verjährung der Klage zu laufen an; wiederholte das Recht der Servitut verletzende Handlungen begründen keine neue confessoria actio mit einer besonderen für sie laufenden Verjährung, sondern Eine von der ersten Störung an laufende Verjährung schließt das Klagrecht des Servitutberechtigten ganz aus. Es kann hier keinen Unterschied machen, ob die Störungen derselben oder verschiedener Art sind; jede Störung beeinträchtigt das Recht der Servitut, und wenn der Servitutberechtigte wegen der ersten binnen der Verjährungszeit nicht klagt, ist seine Klage auch wegen der nachfolgenden in die Verjährungszeit fallenden Störungen, sollten dieselben auch von der ersten verschiedenartig sein, ausgeschlossen. Dasselbe ist hinsichtlich der actio confessoria utilis zur Verfolgung der Reallastberechtigung anzunehmen. Die Klage ist nämlich mit der ersten rückständigen Zins- oder Dienstleistung von Seiten des Besitzers der belasteten Sache actio nata; der zweite und fernere Rückstand begründet für den Berechtigten nicht jedesmal eine neue actio confessoria utilis, sondern derselbe hat nur Eine Klage, die zugleich auch auf die Berichtigung der weiter angewachsenen Rückstände zu richten ist[335]). Die Verjährungszeit kann nur die 30jährige sein, weil, abgesehen davon, daß die Anwendung des Verlustes der Servituten durch Nichtgebrauch binnen 10 oder 20 Jahren als etwas Singulärem auf die Reallasten bedenklich ist, die actio confessoria utilis bei Reallasten außer der Anerkennung des Rechtes auch auf die rückständigen Leistungen oder auch auf das Interesse gerichtet ist. Selbstverständlich muß bei Diensten der Berechtigte Gelegenheit gehabt haben, sich die Dienste leisten zu lassen und dieselben verlangen zu können. Das von mehreren Juristen aufgestellte Erforderniß, daß mehrere Fälle, wo die Dienstleistung hätte

334) Duncker a. a. O. S. 156.
335) Duncker a. a. O. S. 156 flg.

in Anspruch genommen werden können, während der Verjährungszeit vorgekommen seien[336]), hat zwar in Partikulargesetzgebungen Anerkennung gefunden[337]), kann für das gemeine Recht als Regel nicht aufgestellt werden; es kommt, da Alles von der Verjährung der Klage abhängt, nur darauf an, daß der Dienstberechtigte in der Lage war, die Dienstleistung fordern zu können, solche nicht verlangt hat, und darüber 30 Jahre verflossen sind[338]). Ein Widerspruch von Seiten des Besitzers der belasteten Sache kann, um den Anfangspunkt der Verjährung herbeizuführen, nicht verlangt werden. Wenn als Grund dafür angeführt wird, daß bei einem Rechte auf terminliche Leistungen keine Klage auf die Leistungen im Ganzen zustehe, sondern das Klagrecht erst bei jeder neuen Leistung auf diese entspringe, daß mithin die Klage auch nur hinsichtlich der einzelnen Leistung von deren Fälligkeit an verloren gehen könne, und zur Herbeiführung des Anfangspunktes der Verjährung der auf das Recht im Ganzen gerichteten Klage Widerspruch gegen das Recht selbst gehöre, so trifft dies nur da zu, wo zur Einklagung jeder fälligen Leistung eine besondere persönliche Klage zusteht; nicht aber bei den Reallasten, bei denen zur Verfolgung des Rechtes die actio confessoria utilis zusteht. Denn da bei den Reallasten in der unterlassenen Entrichtung der fälligen Leistung eine Verletzung des Rechtes auf die Leistungen im Ganzen liegt, was bewirkt, daß das Klaggesuch zunächst auch immer auf Anerkennung des Rechtes überhaupt zu richten ist, so muß die Verjährung ihre Wirksamkeit auch in demselben Umfange äußern, in welchem die Klage erhoben werden konnte, folglich auch das Recht im Ganzen umfassen[339]). Die sächsische Praxis nimmt Erlöschung der Reallastberechtigung im Ganzen durch Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, welche seit der ersten nicht geforderten Leistung verflossen ist, an. Ein hierauf bezügliches Gesetz[340]) bezieht sich auf jährliche Zinsen und Pächte, gleichviel ob dieselben in Contracten oder in letzten Willen ihren Grund haben, von den Reallasten redet es nicht ausdrücklich[341]), ist aber auch darauf nicht bezogen worden. Auch in den übrigen sächsischen Ländern, wo dieses Gesetz nicht gilt,

336) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 167, N. i. Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 198 a. E., Ausg. 6.

337) Kursächs. Dec. 5 v. 1746, nach welcher sich die Gelegenheit zur Ausübung des Rechtes wenigstens dreimal dargeboten haben muß.

338) Duncker a. a. O. S. 157 flg.

339) Duncker a. a. O. S. 158 flg.

340) Const. elect. Saxon. 2. P. II.

341) Carpzov, Iurispr. for. Rom. Sax. P. II. Const. 2. def. 1 bezieht das Gesetz z. B. nicht auf wiederkäufliche jährliche Renten, hinsichtlich deren er vielmehr annimmt, daß durch die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen nur die einzelne nicht geforderte Leistung verloren gehe. Wir glauben, daß das Gesetz sich nur auf jährliche Zinsen und Renten beziehe, welche auf einem rein obligatorischen Verhältnisse beruhen, nicht auf die aus liegenden Gründen erkauften Renten, weil das Recht des Rentenkäufers hier ein dingliches ist. Auf letzteres als ein nach dem sächsischen Rechte zu den unbeweglichen Sachen ge-

hat sich die Praxis der Gerichte für die Aufhebung des ganzen Rechtes durch Verjährung ausgesprochen. 5) Der gänzliche Untergang des pflichtigen Grundstückes bewirkt das Erlöschen der darauf ruhenden Reallast; ebenso 6) das Aufhören des Zweckes, für welchen die Reallast bestellt worden ist, namentlich Aufhören des Objectes, worauf sich die Last bezieht. Inwiefern 7) das Aufhören des Rechtsgrundes der Reallast deren Erlöschen zur Folge habe, kann zweifelhaft sein. In der Wirklichkeit haben sich aber z. B. viele Reallasten erhalten, welche ursprünglich in der Vogtei ihren Ursprung haben, obgleich dieselbe längst außer Gebrauch gekommen ist [342]).

VII. Recht der Reallasten im Concurse [343]). Die Meisten geben den rückständigen Reallasten im Concurse gar kein Vorzugsrecht, und betrachten sie blos als chirographarische Forderungen. Unserer Ansicht von der Natur der Reallasten zufolge sind laufende und rückständige Leistungen im Concurse Masselasten. Wird das Grundstück im Concurse verkauft, ehe die fällig gewordenen Leistungen entrichtet sind, so werden solche gegen den neuen Erwerber geltend gemacht; derselbe hat aber deshalb gegen die Concursmasse den Regreß und sind ihm dieselben als eine Masseschuld zu erstatten. Partikularrechte geben wegen der zur Zeit der Concurseröffnung rückständigen Leistungen häufig ein absolutes Vorzugsrecht.

Heimbach sen.

Rechnung. Unter Rechnung im allgemeineren Sinne des Wortes versteht man eine nach den Regeln der Arithmetik geordnete Zusammenstellung gegebener Zahlen und die darauf gegründete Vergleichung derselben miteinander zu dem Ende, um dadurch ein in Zahlen auszudrückendes aus dieser Vergleichung sich ergebendes Schuld-, Maß-, Gewichts rc. -verhältniß anschaulich darzustellen.

Im engeren Sinne begreift der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, welchem sich hierin auch der juristische Sprachgebrauch anschließt, unter dem Worte „Rechnung" einen ausführlichen, geordneten und beurkundeten Nachweis über die einer Verwaltung in einem bestimmten Zeitraume angehörigen Einnahmen und Ausgaben [1]). Von dem Zeitpunkte an, wo sich der Begriff von Mein und Dein und eine staatliche

---

hörendes Recht (Const. 24. P. III) halten wir die sächsische Immobiliarverjährung, welche ebenfalls 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage dauert, für allein anwendbar.

342) Vgl. über die Frage Renaud a. a. O. S. 122 flg.

343) Duncker, Reallasten §. 37, S. 173 flg. Weiske, Gutsherrlichkeit S. 103—110.

1) Klaproth, Grundsätze von Verfertigung der Rechnungen rc. 2. Aufl. 1769. Wiebeburg, von Verfertigung der Rechnungen, Jena 1782. Eschenmayer, Anleitung zu einer system. Einrichtung des Rechnungswesens, Heidelberg 1806. Sander, Versuch einer Anleitung zu prakt. Kenntniß des Kassen- und Rechnungswesens, 3. Aufl., Breslau 1817. Feder, Handbuch über das Staatsrechnungswesen, Stuttgart und Tübingen 1820. Graaf, Handb. des Etats-, Kassen- und Rechnungswesens rc., Berlin 1831.

Ordnung unter den Menschen zu bilden und festzustellen begonnen hat, ist auch das Bedürfniß nach einem Mittel fühlbar geworden, das dadurch entstandene Forderungsverhältniß verschiedener Individuen zu einander auf eine bleibende Weise anschaulich zu machen und nach dem jeweiligen Culturstande der einzelnen Völker auf die verschiedenartigste Weise befriedigt worden, besonders nachdem das Geld als der allgemeinste und tauglichste Werthmesser für den Güterverkehr eingeführt worden war [2]).

Nur einer besonderen hierher gehörigen Einrichtung der Römer als desjenigen Volkes, dessen Recht im wesentlichen auch das unsrige geworden und bis jetzt noch geblieben ist, mag hier kürzlich gedacht werden, weil sie schon dem Namen nach mit dem Gegenstande des gegenwärtigen Artikels in näherer Verbindung steht, nämlich der sogenannten rationes domesticae, wenn auch diese Einrichtung zu der Zeit, wo das von uns recipirte römische Recht codificirt worden ist, bereits längst außer Gebrauch gekommen war. Jeder auf bürgerliche Achtung Anspruch machende römische Paterfamilias führte nämlich eine genaue Rechenschaft über seine tägliche Einnahme und Ausgabe, und zwar mit Hilfe von Annotationen (adversaria genannt), die nur memoriae causa flüchtig niedergeschrieben wurden. Aus diesen Annotationen wurden von Zeit zu Zeit, vielleicht von einem Monat zum anderen, dem Censor beeidigt vorzulegende, einer beständigen Verwahrung im Familienarchiv gewidmete Rechnungen gebildet, welche rationes domesticae, tabulae oder codices accepti et expensi genannt wurden. Der Zweck dieser Einrichtung war ein doppelter, theils für den Staat, damit derselbe nichts von den Steuern verlor, welche das Gesetz dem Güterbesitzer auferlegte; theils für den Paterfamilias selbst, damit ihm die Stufe politischer Wichtigkeit gesichert bliebe, welche ihm der census angewiesen hatte. Das Bedürfniß des Aerarium, über die vollständige Erhebung der Steuern gesichert zu sein, hatte zwar diese tabulae erzeugt; allein auch in der Folge, als nach der Beendigung des letzten macedonischen Krieges dieses Bedürfniß aufhörte, wurde diese Einrichtung als für die Feststellung der Centurien unentbehrlich dennoch beibehalten. — Diese tabulae waren nun auch für das Privatrecht insofern von wichtigen Folgen, weil sie den Beweis von rechtlichen Geschäften und Verhältnissen sicherten. Ihr Inhalt erhielt eine gerichtliche Glaubwürdigkeit, auf welche die adversaria keinen Anspruch hatten. Sie mußten bei jedesmaliger Angabe des Vermögensbestandes bei dem Censor beschworen werden und enthielten daher, wie Cicero sich ausdrückt, perpetuae existimationis fidem et religionem. Das Verfahren dabei war folgendes: der Gläubiger zeichnete den Vorschuß, welchen er seinem Mit-

---

2) Das Nähere hierüber gehört nicht hierher, sondern in die Geschichte der Arithmetik rc. Desfallsige interessante Notizen enthalten unter anderen Böckh, die Staatshaushaltung der Athen., Berlin 1817. Karl, Handb. der gesammten Steuerregulirung, 2. Aufl., Heidelberg 1827.

bürger an Geld oder anderen Sachen geleistet hatte, in seine tabulae auf den Namen des Schuldners als ein expensum ein; der Schuldner erkannte ihn dagegen in seinen tabulae auf den Namen des Gläubigers als ein acceptum an. Klagte nun der Gläubiger aus einem solchen Contract — contr. nominis genannt — so begründete und beurkundete er die Klage durch Vorlegung seines codex accepti et expensi. — Mit dem Wegfalle der Comitien verloren auch allmälig die rationes domesticae diese ihre Bedeutung und wurden durch die rationes publicae der Argentarien insoweit ersetzt. Diese vermittelten nun den Geldverkehr in der Weise, daß der Capitalist ihnen sein Geld anvertraute und sie für die Unterbringung desselben Sorge trugen. An sie wandte sich der Geldbedürftige, um ein Gelddarlehen unter billigen Bedingungen zu erlangen. Sie standen unter besonderer Aufsicht des Staates, mußten über alle ihre Geschäfte ein genaues Verzeichniß führen und darüber genaue Rechenschaft ablegen. Dazu hielten sie ihre Bücher (codices rationum), worin jeder Empfang, jede Ausgabe nach Tag u. s. w. verzeichnet war. Durch die Strenge der von Seiten des Staates hierüber geführten Aufsicht und durch die Genauigkeit, mit welcher diese Bücher geführt wurden, erlangten sie die Eigenschaft öffentlicher Urkunden.

Dies zum Verständniß des Wortes ratio und ratiocinium in den Quellen des römischen Rechtes, das Nähere hierüber gehört der Rechtsgeschichte an.

Der allgemeine Zweck jeder Rechnung in dem obigen engeren Sinne des Wortes ist: die Ergebnisse der Verwaltung nach allen denjenigen Bestimmungen schriftlich darzustellen, welche zur vollständigen Beurtheilung dieser Verwaltung zu wissen nöthig sind.

Die nothwendigen Eigenschaften einer Rechnung bestehen darin, daß sie richtig, vollständig, genau, deutlich, übersichtlich und überzeugend ist. Kürze, Klarheit, Deutlichkeit, Vollständigkeit und völlige Ueberzeugung sind daher die Erfordernisse einer guten Rechnungsstellung.

Die Art und Weise, wie und in welcher Ordnung die Einnahmen und Ausgaben in der Rechnung dargestellt werden, heißt der Rechnungsstyl oder die innere Rechnungsform. Dieser sog. Rechnungsstyl hat im Laufe der Zeit gewechselt. Anfangs ist er rein chronologisch ohne alle systematische Ordnung gewesen. Späterhin ist derselbe ein gemischter geworden, d. h. man hat die chronologische Methode mit der systematischen verbunden. Die chronologische Ordnung ist diejenige, nach welcher die Einnahmen und Ausgaben nach der Zeit und jeden Tag, wie sie erfolgen, die systematische aber, nach welcher dieselben unter ihre bestimmten Capitel u. s. w. aufgezeichnet werden. Dieser gemischte Rechnungsstyl ist heutiges Tages, abgesehen von dem kaufmännischen Rechnungsstyle, der gebräuchlichere, welchen man zum Unterschiede von dem kaufmännischen den kameralistischen, auch allgemeinen Rechnungsstyl zu nennen pflegt.

Zwischen beiden Rechnungsstylen herrscht eine wesentliche Verschiedenheit, über welche nur Folgendes hier anzudeuten ist.

Dem Kaufmanne ist eine Rechnungsform nöthig, wodurch er stets übersehen kann, was er in jedem einzelnen Zweige seiner Handlung gewonnen oder verloren und wie jeder einzelne Theil seines Vermögens zu- oder abgenommen habe. Hierzu sind die verschiedenen Conti bestimmt, deren Nachahmung bei der sog. cameralistischen oder allgemeinen Rechnungsform deshalb nicht möglich ist, weil sich nicht für jede einzelne Rechnungsrubrik eine besondere Rechnung mit Einnahme und Ausgabe bilden läßt, indem nicht bei jeder Rechnungsrubrik Einnahme und Ausgabe zugleich vorkommt und daher eine Vergleichung beider mit einander nicht möglich ist.

In den Rechnungen soll ein deutlicher, bestimmter, dabei aber möglichst kurzer Vortrag herrschen. Alles, was zu richtiger Beurtheilung eines Thatumstandes und seiner Folgen nichts beiträgt, muß wegbleiben. Auch ist die Kunstsprache gehörig zu beobachten und Abwechselung in gleich bedeutenden Kunstwörtern zu vermeiden. Die kleinste Abtheilung des Textes einer Rechnung besteht in der Beschreibung eines einzigen Einnahme- oder Ausgabeereignisses und heißt ein P o s t e n. Ueber jeden Posten muß aus der Rechnung der Gegenstand, die Größe, die Beschaffenheit und die Norm, wornach die Einnahme oder Ausgabe geschehen ist, zu entnehmen sein. Die Kunstwörter „Soll", die Schuldigkeit ausdrückend; „Hat", die wirkliche Berichtigung und den Zeitpunkt derselben andeutend, und „Rest" oder Rückstand, die Nichtberichtigung eines Postens bezeichnend, verdienen den Vorzug vor allen anderen Ausdrücken, welche den nämlichen Sinn bezeichnen sollen, weil sie kurz sind und für Einnahme und Ausgabe passen. D u r c h- l a u f e n d e Posten nennt man solche, die weder wirklich eingenommen noch ausgegeben worden, gleichwohl aber der Uebersicht wegen in das „Hat" der Rechnung kommen müssen und daher in Einnahme und Ausgabe zugleich gebracht werden, ohne in Ansehung des Kassevorrathes eine Veränderung zu bewirken. Unter L i q u i d a t i o n s posten versteht man solche Posten, die aus irgend einem Grunde zur förmlichen Verrechnung noch nicht reif sind, z. B. Vorauszahlungen auf künftigen Verdienst. Diejenige Summe, um welche die Einnahme größer ist als die Ausgabe, heißt U e b e r s c h u ß, auch Rechnungsbestand. R e s t heißt in der Rechnungssprache dasjenige, was an einer wirklich angefallenen Einnahme oder schuldig gewordenen Ausgabe sowohl nach dem Verfall- als nach dem Rechnungstermine unbezahlt geblieben ist.

Eine S t ü c k rechnung (im Gegensatze einer J a h r e s rechnung) nennt man diejenige Rechnung, welche durch zufällige Ereignisse auf einen kürzeren als den gewöhnlichen Zeitraum gefertigt wird. — Alles dasjenige, was der Rechnungsführer zu Rechtfertigung seiner Diensthandlungen angiebt, muß bewiesen werden. Die Mittel, wodurch dieses geschieht, heißen überhaupt die Rechnungs b e l e g e, welche theils be-

weisende, z. B. Quittungen, theils nur erläuternde sind, z. B. Einnahmeverzeichnisse. Zweck der Belege ist, denen, welche die Rechnung revidiren, Ueberzeugung von der Richtigkeit derjenigen Thatsache zu gewähren, aus welcher eine Einnahme- oder Ausgabepost entstanden ist. Als Quellen der Rechnung dienen die Tagebücher (Journale, Manuale) des Rechnungsführers, Abrechnungsbücher, Register, Tabellen, Normalien- und Notabilienbücher u. s. w.

Ueber die äußere Form einer Rechnung ist Folgendes zu bemerken:

1) Das Titelblatt muß enthalten:

a) die Bezeichnung desjenigen, worüber die Rechnung geführt worden ist,

b) den Zeitraum, für welchen sie gelten soll,

c) den Namen des Rechnungsführers,

d) die Angabe der Anzahl der dazu gehörigen Belege und, wenn solche mehrere Bände bilden, die Anzahl derselben.

2) Sie ist von der ersten Seite an bis zur letzten zu paginiren.

3) Sie muß auf einerlei Papier von gleichem Format geschrieben und, wenn sie voluminös ist, gebunden, jedenfalls aber gehörig geheftet sein.

4) Sie darf weder zu enge noch zu weitläufig geschrieben sein, weshalb die Beobachtung einer dieser Rücksicht und dem Papierformate überhaupt entsprechenden Zeilenanzahl nöthig ist; sehr zweckmäßig ist es, wenn bei ständigen Gefällen und bei dem Titel an Zinsen von Capitalien in einem Jahrgange so viel als in dem anderen auf eine Seite geschrieben wird, weil dies das Nachrechnen und die Revision der Rechnung sehr erleichtert.

5) Nehmen die Posten einer und derselben Rechnungsrubrik mehrere Seiten ein, so ist auf jeder Seite der Betrag derselben zu summiren und diese einzelnen Seitenbeträge sind dann auf der letzten Seite am Schlusse des einzelnen Rechnungscapitels zu wiederholen und zu summiren.

6) Alles, was der Rechnung ein gefälliges Ansehen giebt, darf nicht vernachlässigt werden; es empfiehlt sich zu dem Ende vor allen Dingen eine reinliche und deutliche Handschrift; die einzelnen Rechnungscapitel (Rubriken) sind auf eine in die Augen fallende Art hervorzuheben und die einzelnen Rechnungsposten auseinander zu setzen, Zahlen aber weder auszustreichen, noch zu radiren. Im Nothfalle sind etwaige Schreibfehler dadurch zu berichtigen, daß die unrichtige Zahl, so daß sie lesbar bleibt, durchgestrichen und die richtige Zahl darüber geschrieben wird.

Herausschneiden von Blättern aus der Rechnung darf nicht vorkommen. Dasselbe gilt auch von den Belegen.

Unter die häufigsten und wichtigsten Rechnungsbelege gehören die Quittungen. Eine jede Quittung muß Folgendes enthalten:

1) die Angabe der Werthe und Quantitäten in Zahlen und in Worten,
2) die Angabe des empfangenen Gegenstandes (Geld, Naturalien u. s. w.) nach Quantität und resp. Qualität,
3) die Ursache der Zahlung (causa debendi),
4) die Angabe der Zeit, auf welche gezahlt worden, bei wiederkehrenden Leistungen, z. B. Besoldungen, Capitalzinsen u. s. w.
5) die Benennung dessen, welcher die quittirte Zahlung geleistet hat, und an wen bezahlt worden ist,
6) die eigenhändige Unterschrift des Empfängers.

So viel als thunlich sind die Belege auf Blättern in Folioformat auszustellen. Die kleinste Form darf nicht weniger als ein Quartblatt ausmachen. — Quittungen müssen auf diejenige Rechnungsstelle lauten, welche die quittirte Summe bezahlt hat, und wenn es für Rechnung einer anderen Stelle geschehen ist, auch diese benennen. Jede Quittung muß immer ohne Rücksicht auf die frühere oder spätere Verfallzeit dasjenige Datum enthalten, unter welchem sie wirklich ausgestellt worden ist.

Die zu einer und derselben Rechnung gehörigen Belege müssen:

a) in einem besonderen Bande und, wenn derselbe für die Handhabung beim Nachschlagen u. s. w. zu stark werden sollte, in mehrere Bände nach derselben Ordnung, in welcher sie in der Rechnung angeführt sind, auf einen sog. Sattel geheftet, nach Befinden durch einen Buchbinder eingebunden sein,
b) in derselben Ordnung durch alle Bände hindurch in ununterbrochener Ziffernfolge numerirt oder paginirt sein,
c) auf dem Titelblatte jedes Belegbandes muß bemerkt stehen, zu welcher Rechnung nach Jahr u. s. w. die Belege gehören, die Nummerfolge der Bände und welche Nummern der Belege jeder einzelne Band enthält.

Der Inhalt jeder Rechnung und somit auch die Reihefolge der einzelnen Rechnungsrubriken (auch Rechnungs c a p i t e l genannt) richtet sich nach dem Zwecke der einzelnen Rechnung, welcher, wie schon oben bemerkt, darin besteht: die Ergebnisse der Verwaltung nach allen denjenigen Bestimmungen schriftlich darzustellen, welche zur vollständigen Beurtheilung der stattgefundenen Verwaltung zu wissen nöthig sind. Die Ablegung der Rechnung über f r e m d e s Vermögen hat aber auch noch den besonderen Zweck, dem Rechnungsführer als Verwalter desselben zum Nachweis der pflichtmäßigen Verwaltung zu dienen. Für diesen doppelten Zweck muß deshalb die Rechnung darlegen:

1) die a n f ä l l i g gewordene (S o l l =) E i n n a h m e,
2) die w i r k l i c h e E i n n a h m e, soweit als thunlich mit Angabe des Tages des Empfanges der einzelnen Posten,

3) die wirkliche Ausgabe, ebenfalls soweit als thunlich mit Angabe der Zeit,
4) was, wie viel und warum (zu 1. und 2.) weniger wirklich eingenommen worden ist (Restenverzeichniß).

Diesen Forderungen muß sie nicht nur im Ganzen entsprechen, sondern auch in jedem einzelnen Theile.

Die Rechnungen zerfallen diesem Zwecke nach weiter

a) in Geldrechnungen,
b) in Rechnungen über alle anderen Sachen an Natur- und Industrieproducten, die einer Mehrung oder Minderung unterworfen sind und welche man überhaupt Naturalien nennt.

Gewöhnlich werden nur über Verbrauchssachen Rechnungen geführt, Gebrauchssachen hingegen in die Inventare aufgenommen.

Von jeder einzelnen Ertragsquelle muß aus der Rechnung zu ersehen sein:

a) was sie ertragen habe,
b) was sie etwa mehr hätte ertragen können.

Werden die Gegenstände des Ertrages und des Aufwandes als Hauptgesichtspunkte bei Eintheilung der Rechnungsrubriken angenommen, so können sie in der Einnahme und Ausgabe in gleicher Ordnung aufgeführt werden, und es ist dann leicht, durch Vergleichung beider Größen das Netto sowohl im Ganzen als im Einzelnen auszumitteln. Ungleichartige Gegenstände müssen dabei aber sorgfältig getrennt von einander gehalten werden.

Jede Rechnung zerfällt in zwei Haupttheile, den der Einnahme und den der Ausgabe, und jeder dieser Theile wieder in zwei Abschnitte, nämlich den der Einkünfte und den des Vermögens. Eine abgesonderte, wenn auch nur summarische Darstellung der Einkünfte und des Vermögens ist sehr zweckmäßig, damit immer deutlich übersehen werden kann, ob das Vermögen nicht angegriffen und zu laufenden oder solchen Ausgaben verwendet worden ist, die von den Einkünften hätten bestritten werden sollen.

Die Rechnungsabtheilung über die Einkünfte enthält die etatsmäßigen Einnahmen und Ausgaben der jährlichen Nutzungen der Vermögenssubstanz; die Vermögensrechnungsabtheilung hingegen begreift die mit dem Vermögen selbst vorgegangene Verwandlung, Mehrung und Minderung.

Bei der Vermögensrechnungsabtheilung sind z. B. ausgeliehene und zurückbezahlte, ebenso wie erborgte und wieder abgetragene Capitalien in der Einnahme und Ausgabe zu verrechnen, auch alle Liquidationsposten (s. oben) aufzuführen.

Bei Aufstellung der sog. Liquidationsverzeichnisse ist folgendes zu beobachten:

1) gleichartige Posten sind unter der geeigneten Rechnungs=rubrik, am kürzesten in tabellarischer Form, zusammen zu stellen,
2) bei jedem einzelnen Posten ist die Zeit seiner Entstehung nach Jahr und Tag, bei Abschlagszahlungen der Betrag der damaligen ganzen Forderung und die sonstige Bewandtniß der Sache kürzlich anzugeben,
3) es passiren als Liquidationsposten nicht: Reste, weil sie in die Restverzeichnisse gehören; ferner Zahlungen, welche mit der einzelnen vorliegenden Verwaltung in gar keinem Zusammenhange stehen; Ausgaben für Geschäfte, zu deren Vornahme der Auftrag fehlt; Abschlags=zahlungen, welche mehr betragen als zur Zahlungszeit fällig gewesen.

Für die Fertigung der Restverzeichnisse gelten folgende Regeln:
a) bei jedem Posten ist der Titel der Schuld, ferner das Jahr seiner Entstehung, der Grund der Nichtbezahlung u. s. w. anzuführen;
b) die Restanten sind womöglich in alphabetischer Ordnung aufzuführen und die Rückstände eines Jeden unter seinem Namen zusammen zu stellen,
c) die unbestrittenen Reste sind von den bestrittenen zu trennen und beide als solche durch Ueberschriften zu be=zeichnen,
d) in die Restverzeichnisse darf der Regel nach nichts gebracht werden, als was angewandter Mühe ungeachtet nicht hat beigetrieben werden können;
c) Posten, die nicht im Jahre ihrer Entstehung als Reste in der Rechnung angegeben worden sind, dürfen als solche in der Rechnung des folgenden Jahres keinen Platz mehr im Restverzeichnisse finden.

Hinter den Titeln der Einnahme und ebenso hinter denen der Aus=gabe folgt die Recapitulation oder summarische Wiederholung sämmt=licher Titel (Capitel) der Einnahme und Ausgabe mit Anführung der Seiten, wo sie vorkommen, mit Summirung sämmtlicher Titel (Capitel), damit die Gesammtsumme der Einnahme und Ausgabe auf diese Weise in der Rechnung dargestellt wird.

Um den wesentlichen Inhalt einer Rechnung mit einem Blicke übersehen zu können, wird hie und da der Rechnung noch ein summa=rischer Inhalt (Rechnungs=Summarium) vorangesetzt, in wel=chem die Summen sämmtlicher Rechnungscapitel der Einnahme und Ausgabe tabellarisch in folle unter einander verzeichnet werden.

Das Endresultat einer jeden Rechnung stellt eine Vergleichung der Ausgabe mit der Einnahme in deren Hauptsummen dar und der Ueberschuß der letzteren gegen die Ausgabe bildet die Gewähr=

schaft des Rechnungsführers (Passivgewährschaft), während der Ueberschuß der Ausgabe, das Guthaben des Rechnungsführers, Activreceß genannt zu werden pflegt. Im ersteren Falle muß zugleich angegeben werden, wie der Rechnungsführer diese Passivgewährschaft zu leisten und resp. zu decken vermag; ob

a) durch vorhandene Baarschaft?
b) durch sog. Liquidationsposten?
c) durch vorhandene zulässige Reste?

worüber zu b und c die desfallsigen Verzeichnisse der Rechnung sofort beizufügen sind.

Da, wo bei einer Vermögensverwaltung Inventarienstücke vorhanden sind und deshalb der Rechnung über die Verwaltung desselben ein sog. Inventarium beizufügen ist, muß solches enthalten:

1) die genaue Bezeichnung der Inventarienstücke unter fortlaufender Nummer,
2) Bemerkungen über den Zu- und Abgang; bei dem Zugange unter Bezugnahme auf den betr. Rechnungsbeleg und die einschlägige Stelle der Rechnung, wo die für Anschaffung des in Zugang zu bringenden Inventarienstückes gemachte Ausgabe ersichtlich ist. Bei Abgängen muß der Grund des Abganges, z. B. allmäliger Verbrauch u. s. w., durch ein Zeugniß dessen, welcher die Aufsicht hierüber zu führen oder sie etwa in Verwahrung hat, belegt werden.

Die vorstehenden Bemerkungen enthalten selbstverständlich nur die allgemeinsten, durch die Natur der Sache gebotenen und wissenschaftlich nur allmälig festgestellten Grundsätze über die Technik des hier in Frage stehenden Gegenstandes, welche denjenigen, der sich etwa die Verwaltung eines Rechnungsgeschäftes zu seinem Lebensberuf erwählt, der Nothwendigkeit nicht überheben können, sich im wirklichen Leben bei einer Rechnungsstelle unter Leitung eines tüchtigen Kassebeamten mit diesem Gegenstande näher bekannt und für diesen ganz besondere Genauigkeit und pedantische Festhaltung an den einmal vorgeschriebenen Geschäfts- und Rechnungsformalitäten erfordernden Beruf sich geschickt zu machen [3]). Je nachdem der Geschäftsherr, d. h. derjenige, für welchen das Vermögen im einzelnen Falle verwaltet wird, über dessen Verwaltung durch eine abgelegte Rechnung Rechenschaft gegeben werden soll, der Staat, eine Gemeinde, eine Kirche u. s. w. oder sonstige Corporation ist, wird die Rechnung eine Staatsgemeinde- u. s. w. Kassenrechnung genannt, über deren äußere und innere Form in den meisten Ländern die vorhandenen Dienstinstructionen speciellere Vorschriften enthalten, nach denen sich der Rechnungsführer natürlich zunächst richten

---

3) Ueber die Literatur dieses Faches ist nachzusehen: Rau's polit. Oekonomie, 3 Theile, §. 539 flg. v. Malchus, Politik der neueren Staatsverwaltung, 2 Theile, §. 116 flg.

muß. Selbst für die von Vormündern über die Verwaltung des Vermögens ihrer Pflegbefohlenen abzulegenden Rechnungen ist in einzelnen Vormundschaftsordnungen vorgeschrieben, wann und wie solche Rechnungen abgelegt und resp. eingerichtet sein sollen.

Die dem Privatrechtsgebiete angehörigen Vorschriften über die Verbindlichkeit, Rechnung abzulegen, lassen sich im wesentlichen noch im Folgenden zusammenfassen:

1) Zur Rechnungsablegung sind gesetzlich verbunden:

a) Jeder, welcher fremdes Vermögen verwaltet und fremde Geschäfte geführt hat, negotiorum gestor[4]),

b) der Mandatar[5]),

c) der Socius[6]),

d) der Pfandgläubiger, wenn das Pfand eine fruchttragende Sache ist, sowohl über die gezogenen als auch über die vernachlässigten Früchte derselben[7]),

e) der Beklagte bei den drei Theilungsklagen und bei der Erbschaftsklage über die von ihm benutzten Erbschafts- oder sonst gemeinschaftlichen Gegenstände[8]),

f) derjenige, welcher das Retentionsrecht an einer fruchttragenden Sache ausgeübt hat, über die Verwaltung und Benutzung dieser Sache[9]),

g) der in ein Grundstück immittirte Gläubiger über die aus demselben bezogenen Früchte[10]),

h) der Sequester einer fruchtbringenden Sache, sobald ihm deren Verwaltung mit übertragen ist, weil dann die Sequestration in ein Mandat übergeht,

i) der Ehemann über die ihm von seiner Frau überlassene Verwaltung ihres Paraphernalvermögens[11]),

k) der Vormund über das von ihm verwaltete Vermögen seines Pflegbefohlenen[12]).

---

4) §. 1. I. de oblig. quae quas. ex contr. (3. 28.) L. 2. D. de negot. gest. (3. 5.) L. 31. D. eod.

5) L. 46. §. 4. D. de procuratorib. (3. 3.) L. 10. §. 9. D. L. 56. §. 4. D. mand. (17. 1.)

6) L. 11. D. comm. divid. (10. 3.) L. 21. et 74. D. pro Socio. (17. 2.)

7) L. 1. et 3. C. de pignor. act. (4. 24.)

8) L. 42. C. de fructibus (7. 51.) L. 19. D. famil. erciscund. L. 44. §. 3. D. eod. (10. 2.) L. 9. C. eod. (3. 36.) L. 52. §. 1. D. eod. (10. 2.) L. 4. §. 3. D. commun. divid. (10. 3.) L. 25. §. 18. D. de heredit. petit. (5. 3.)

9) Mevius P. I. Decis. 172. Lauterbach, Diss. de retent. §. 31. Glück, P. K. Th. XV, S. 121.

10) Berger. in decis. summ. prov. Sen. Dec. 474. Rivin. ad O. P. S. Tit. 39. ennnc. 25.

11) L. 95. pr. D. ad leg. falcid. (35. 3.)

12) L. 1. pr. D. de tutelae et ration. distr. (27. 3.)

Diese Verbindlichkeit kann weder vom Vater des Pupillen[13]), noch von der Obrigkeit erlassen werden[14]). Auch die Erlassung des Inventares befreit nicht von der Rechnungslegung[15]).

Nach teutschem Rechte ist zwar die Mutter in dem Falle, da sie von ihres verstorbenen Ehemannes Gütern den völligen Nießbrauch und dabei nur die Verbindlichkeit hat, ihre Kinder aus des Ehemannes Gütern standesmäßig zu erziehen, von Ablegung der Rechnung frei, weil das Recht des Nießbrauches und die Verbindlichkeit, Rechnung von den erhobenen Nutzungen abzulegen, mit einander nicht bestehen können; allein ein Inventar muß sie dennoch wegen der dereinstigen Herausgabe der Güter an die Kinder errichten[16]).

Der Minderjährige kann in seinem Testamente dem Vormunde die Rechnungslegung erlassen[17]).

Nach R. R. konnte erst nach beendigter Vormundschaft Rechnungslegung verlangt werden[18]).

Nach heutigem Rechte muß aber in der Regel jährliche Rechnung gelegt werden[19]). Wenn übrigens das Vermögen unbedeutend ist, pflegt man auch mehrere Jahre in einer Rechnung zusammen zu fassen, sobald nur die Rechnung des ersten Jahres gehörig gelegt und justificirt ist[20]).

Justificirte und quittirte Vormundschaftsrechnungen können späterhin nicht mehr angefochten werden[21]), es sei denn, daß sich in der Folge ein bisher unbekannter Rechnungsfehler gefunden hat und dieses klar dargethan werden kann, nämlich entweder ein sog. error calculi, durch unrichtiges Summiren oder Subtrahiren u. s. w., oder ein sog. error quantitatis durch Uebergehen von Einnahmeposten oder Zulassen unwahrer Ausgabeposten. Die Verbesserung eines Rechnungsfehlers der ersteren Art kann noch innerhalb 30 Jahren verlangt werden, sobald nur nicht über denselben bereits gestritten und rechtskräftig erkannt, oder von dem Minderjährigen nach erreichter Großjährigkeit ein Vergleich darüber geschlossen worden ist[22]).

Wegen Rechnungsfehler der anderen Art soll wider den Rechnungs=

---

13) L. 5. §. 7. D. de administr. et peric. tutor. (26. 7.)
14) Glück's P. K. Bd. XXXII, S. 199.
15) Glück a. a. O. Bd. XXX, S. 206.
16) Glück a. a. O. S. 209.
17) L. 41. D. de administr. et pericul. tut. (26. 7.)
18) L. 9. §. 4. D. de tutelae et rationib. distr. (27. 3.) L. 2. et 14. C. de admin. tutor.
19) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. XXXII, §. 3.
20) Glück Bd. XXXII, S. 200.
21) Arg. L. 2. C. de apoch. publ. (10. 22.)
22) L. unic. C. de errore calculi. (2. 5.) L. 8. D. de administr. tutor. (26. 7.) L. 1. §. 1. D. de tutel. et ration. distr. (27. 3.)

führer binnen 20, wider die Erben hingegen binnen 10 Jahren eine anderweite Rechnungsuntersuchung verlangt werden können[23]).

2) Von der Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung sind befreit:

a) der Vater hinsichtlich des peculium adventitium regulare seiner Kinder[24]),

b) der antichretische Pfandgläubiger über die Früchte der ihm zur antichresis übergebenen Sache[25]).

3) Ist ein sichtbarer Irrthum in einer Rechnung begangen worden, so kann wegen eines solchen Irrthums auch ein rechtskräftiges Erkenntniß angefochten werden[26]). Sollte aber über einen vorgegebenen Irrthum in der Rechnung entschieden worden und dieses Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen sein, so findet keine Rescission statt[27]).

4) Gegen Rechnungsführer, welche arglistig oder aus grober Nachlässigkeit einen Rechnungsfehler übersehen haben, findet[28]) die actio in factum contra mensorem utiliter auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens statt.

5) Der Verwalter einer fremden Sache ist in foro gestae administrationis zur Rechnungslegung verbunden[29]).

6) Nicht ordnungsmäßig gefertigte Rechnungen sind auf Verlangen des Geschäftsherrn von dem Rechnungsführer zu verbessern und dem Rechnungsstyle gemäß umzuarbeiten.

7) Einmal abgelegte und examinirte Rechnungen haben die Vermuthung der Richtigkeit für sich.

8) In manchen Staaten, z. B. in dem Großherzogthum Weimar, ist durch besondere Gesetze die rechtliche Bedeutung der sog. Entlastungszeugnisse, welche den Verwaltern von Staatskassen u. s. w. in Absicht auf die von ihnen abgelegten Rechnungen nach deren Justification ertheilt zu werden pflegen, festgestellt[30]).

9) Zum Schluß noch die Bemerkung, daß durch Vertrag oder letzten Willen die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung in formeller und materieller Beziehung erweitert und beschränkt werden kann, soweit nicht Dienstinstructionen oder sonstige dem öffentlichen Rechte angehörige Vorschriften dem entgegenstehen.

---

23) L. 13. §. 1. D. de divers. temp. praescr. (44. 3.) L. 2. C. Si tutor vel curat. interven. (2. 25.)

24) L. 8. §. 4. in fine C. de bonis, quae liber. (6. 61.)

25) L. 17. C. de usuris (4. 32.)

26) L. 1. §. 1. D. quae sentent. sine appell. resc. (49. 8.)

27) L. unic. C. de error. calculi. (2. 5.)

28) L. 7. §. 4. D. Si mensor falsum mod. dixerit. (11. 6.)

29) L. 1. C. ubi de ratiociniis tum publicis quam privatis agi oportet. (3. 21.)

30) Gesetz vom 22. März 1851.

Rechnungsproceß[1]), processus de rationibus redditis[2]), wird diejenige[3]) Verhandlung genannt, welche über eine abgelegte[4]) Rechnung oder auch über ein herausgegebenes Vermögensverzeichniß z. B. ein Nachlaßverzeichniß, zu dem Zwecke stattfindet, um die Richtigkeit

---

1) Mevius, decis. III. 42. Rebmann, von dem gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten, Erlangen 1789. Mehlen, summ. Proc. §. 94 flg. Gönner, Handb. Bd. IV, S. 75. Martin, Lehrb. §. 260. Linde, Lehrb. §. 339 flg. Bayer, summ. Proc. §. 80 flg. Leyser, med. ad Pand. Spec. 677. 684. med. 29. sq. Kees, Anweisung zum zweckmäßigen Extrahiren und Referiren der Gerichtsacten, Leipzig 1785 S. 109 flg. Kori, summ. Proc. §. 10 flg. Volkmann, System des sächs. Administrativ- und Civilprocesses nach Biener, Leipzig 1845, Bd. III, §. 313, S. 502 flg.

2) Qui edere rationes iussus est, braucht nicht reliquum reddere, reliqua solvere; nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi, quod reliquum sit apud eum, non solvat; l. 89. §. 2. D. de V. sign. Das reddere rationes führt dagegen im Gefolge zugleich das reliqua solvere, Glück, Commentar der Pand. Bd. XXXII, S. 186 flg. u. N. 97.

3) Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erlangen 1831, Bd. II, §. 301, S. 403. Martin, Lehrb. §. 260, N. 6.

4) Handelt es sich um die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung oder Herausgabe eines Vermögensverzeichnisses und ist dieselbe zwischen den Parteien streitig, so muß auf Anerkennung dieser Verbindlichkeit geklagt werden, falls nicht auf Grund guarentigiirter Urkunden sofort Klagen auf Rechnungslegung angestellt werden kann; steht die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung nach Grundsätzen des öffentlichen Rechtes, aus rechtskräftigen Erkenntnissen, oder proceßgerichtlichem Vergleiche fest, so kommen die Grundsätze des Hilfsverfahrens, beziehentlich der betreffenden Grundsätze des öffentlichen Rechtes zur Anwendung, und kann sonach die Rechnungslegung sofort im Wege der Execution gefordert werden, wobei im Verzögerungsfalle des Verpflichteten der richterliche Zwang zur Rechnungslegung, zur Herausgabe der Rechnung allerdings nur als ein auf eine Handlung gerichteter und zu verwirklichender betrachtet werden kann (L 82. D. de condit. et dem. (35. 1.) ita enim incipit res redditio rationum a facto) etc. Linde, Lehrbuch des teutschen Civilprocesses §. 339. Gönner, Handb. des gem. Proc. Bd. IV, Abth. 75, §. 5. Diese hier erwähnten Fälle gehören aber nicht dem Rechnungsprocesse an. Denn es kommt eben bei allen Rechtsgeschäften, welche ihren endlichen Ausgang durch eine Rechnungsablegung oder Herausgabe eines Vermögensverzeichnisses gewinnen, zweierlei in Frage: a) die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung selbst oder zur Herausgabe eines Vermögensverzeichnisses; b) das Verfahren über die abgelegte Rechnung oder über das herausgegebene Vermögensverzeichniß. Es hat sonach ad a) der zur Rechnungsablegung Verurtheilte, der aus Gründen des öffentlichen Rechtes, aus proceßgerichtlichem Vergleiche dazu Verpflichtete eine Rechnung, d. h. eine übersichtliche Zusammenstellung der bei dem Geschäfte vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben, ein Vermögensverzeichniß, wenn es sich um solches handelt, erst anzufertigen und herauszugeben (ad ipsa rationum volumina tradenda cf. L. 6. §. 7. D. de statu lib. (40. 7.), während ad b) das diesfallsige Verfahren (der Rechnungsproceß) eben darauf abzielt, in den geordneten Formen die Richtigkeit der Ansätze und die Statthaftigkeit der dagegen gemachten Einwendungen festzustellen (ad percontandas et examinandas rationes, ad eas dispungendas cf. l. c. — dispungere aut conferre accepta et data cf. L. 56. D. de verb. sign. (50. 16.), und so quantitativ der Umfang des aus dem Geschäfte zu Gewährenden (reliqua) zu finden (rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit cf. L. 6. §. 7. D. de statu lib. (40. 7.)

der Rechnung oder des fraglichen Vermögensverzeichnisses und den Umfang des aus dem Geschäfte, worüber Rechnung abgelegt worden, oder nach dem fraglichen Vermögensverzeichnisse zu Gewährende durch richterliche Entscheidung feststellen zu lassen.

Kläger oder Defectant ist in der Regel[5]) derjenige, welcher die abgelegte Rechnung, das herausgegebene Vermögensverzeichniß angreift; Beklagter oder Defectat aber der Rechnungsführer. Der Defectant zieht, nachdem die Rechnung abgelegt oder das Vermögensverzeichniß herausgegeben ist, schriftlich oder mündlich zu Protocoll unter Beifügung der abgelegten Rechnung des herausgegebenen Vermögensverzeichnisses Defecte oder Monita, d. h. er macht gegen letzteres, gegen die abgelegte Rechnung überhaupt aber einzelne Rechnungsposten derselben Einwendungen, Ausstellungen, Erinnerungen unter fortlaufenden Zahlen. Diese Monita sind entweder allgemeine oder besondere, je nachdem sie die Rechnung, das Vermögensverzeichniß im Ganzen, oder einzelne, darum aber eben genau zu bezeichnende Posten derselben, betreffen[6]), und werden dem Defectaten abschriftlich zur Erklärung und Verantwortung darauf binnen gewisser Frist, bei größeren Sachen in der Regel unter Gestattung mindestens einer sächsischen Frist, bei geringfügigen Sachen binnen vierzehn Tagen von der Behändigung ab, nach der vom Defectanten beobachteten Nummerfolge und bei Strafe des Eingeständnisses und der Ueberführung zugefertigt[7]). Nach beendigtem Schriftenwechsel, der so lange fortgesetzt wird, bis der Richter die streitigen Punkte für genügend erörtert hält, zu welchem Behufe und zugleich zum Versuche der Güte wegen der ganzen Rechnung oder doch einzelner Posten derselben und zur Vervollständigung und Abschließung der Instruction wegen der streitigen Punkte der Richter Termin anberaumen kann, werden die Acten zum Verspruch inrotulirt; die Versendung der Acten zum Verspruch ist statthaft. Das diesfallsige Erkenntniß erstreckt sich über alle einzelne Streitpunkte und wird theils definitiv, theils inter-

---

5) Beginnen kann jedoch den Rechnungsproceß auch der Rechnungsführer selbst, mit dem Antrage, dem Rechnungsempfänger die abgelegte Rechnung zur Anerkennung oder Aufstellung und Ausführung seiner etwaigen Erinnerungen dagegen unter fortlaufenden Nummern gegen die Rechnung überhaupt oder gegen deren einzelne Posten binnen gewisser, in der Regel mindestens sächsischer Frist, widrigenfalls die Rechnung für richtig geachtet werden würde, zuzufertigen; das Verfahren ist übrigens dasselbe, wie in dem Falle, wo, wie oben angegeben, der Rechnungsempfänger den Proceß beginnt. Es kann sich indeß dieser Proceß auch so gestalten, daß beide Theile als Kläger und als Beklagter zu betrachten, und im Erkenntniß nach Befinden bezüglich der verschiedenen Posten und Ansätze, bald der Antragsteller, bald dessen Gegner, bald Defectant, bald Defectat verurtheilt werden.

6) Mehler, summ. Proc. §. 97. Osterloh a. a. O. N. 11.

7) Osterloh, summ. Proc. S. 21 u. N. 14b. Bei Verantwortung bezüglich der Monita gegen ein herausgegebenes Vermögensverzeichniß wird diese Verantwortung dem Defectaten ohne Beifügung eines Präjudizes aufgegeben. Osterloh a. a. O. S. 23.

locutorisch sein, je nachdem der Gegenstand ein geringfügiger, aus den Acten liquider, weiterer Erörterung nicht bedürftiger, oder causa maior ist, in welchem letzteren Falle es kommen kann, daß ein Beweis nachgelassen oder auferlegt wird; wegen solchen Beweises gelten dann die Grundsätze des ordentlichen Processes. Das nach Schluß des Beweises und Gegenbeweises zu fällende Definitivurthel erkennt, nachdem die monita insgesammt erledigt sind, in der Regel auch noch auf eidliche Bestärkung der Richtigkeit der Rechnung; nicht minder wird auch, wo es sich um die Bestätigung der Richtigkeit eines herausgegebenen Vermögensverzeichnisses handelt, auf eidliche Bestärkung des Verzeichnisses (Specificationseid, iusiurandum specificationis), unter Umständen auf Beweis des behaupteten Mehr (probatio maioris substantiae) erkannt[8]).

Die Rechtsmittel im Rechnungsprocesse sind die gewöhnlichen; nach Rechtskraft des Enderkenntnisses sind nur noch außerordentliche Rechtsmittel, wie Nichtigkeitsbeschwerde, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig, um die rechtskräftig justificirte Rechnung anzufechten; bloße Rechnungsfehler werden nicht rechtskräftig[9]).

Das Hilfsverfahren ist das gewöhnliche, und wird im Rechnungsprocesse eben in der Regel darauf abzielen, den Rechnungsführer anzuhalten, die ihm nach Ausweis der festgestellten Rechnung obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, z. B. Geld herauszuzahlen, Documente abzuliefern (reliqua reddere).

Recht. I. Bedeutung des Wortes. Recht wird in einem doppelten Sinne genommen, im subjectiven und objectiven[1]). 1) Im subjectiven Sinne bedeutet es alles dasjenige,

8) Zwar giebt es in den einzelnen teutschen Ländern noch specielle Vorschriften für Rechnungssachen, wie z. B. im Königreiche Sachsen für geringfügige Rechnungssachen in der erl. P. O. v. 10. Jan. 1724 ad tit. I. §. 2, für den Beweis durch Rechnung vermittelst verpflichteter calculatores, welche die liquiden von den illiquiden Posten zu sondern, zu classificiren und zu numeriren und darüber ihr Gutachten abzugeben haben, in der erl. P. O. von 1724 ad tit. XXVIII. §. 2, sowie für das Verfahren gegen öffentlich angestellte, säumige Rechnungsführer im Mand. v. 1. Sept. 1828 (Ges. S. v. 1828 S. 101 und Gesetz über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden v. 28. Jan. 1835 §. 2. §. 19, 3); es gehören jedoch dieselben sowohl privatrechtlich, als in Bezug auf öffentliche Verwaltung ihrer nur partikulären Bestimmung halber nicht hierher.

9) L. 1. §. 1. quae sent. sine app. resc. (49. 8.)

1) Das lateinische Wort ius hat außer den Bedeutungen im subjectiven und objectiven Sinne noch viele andere. Es bezeichnet im objectiven Sinne nicht blos eine gesetzliche Norm (L. 9. D. (1. 3.)), sondern auch jede andere verbindliche Norm, wie in den 12 Tafeln uti legassit, ita ius esto, und in L. 50. §. 1. D. 30. L. 17. §. 1. D. (5. 2.) wo gesagt wird, ius ex sententia iudicis fieri, und in der Formel: hoc iure utimur. Dann bezeichnet ius das, was mit den Gesetzen übereinstimmt, sei es, daß es wesentlich gut und billig ist, oder daß es wenigstens den Bürgern eines gewissen Staates nach ihren besonderen Ver-

was der Mensch vermöge der ihm zustehenden äußeren Freiheit thun darf (iustum); das Entgegengesetzte heißt unrecht (iniustum, iniuria). Recht in diesem Sinne ist ein praktischer Begriff, es bezieht sich auf ein Handeln; es findet nur unter Wesen statt, welche mit Vernunft begabt sind oder wenigstens die Anlagen dazu haben, also unter Menschen. Es ist aber nur denkbar, wenn der Mensch in Verbindung mit anderen Menschen steht. Es bedeutet blos ein Dürfen, nicht ein Können, Sollen oder Müssen. Jedem Rechte steht eine Verbindlichkeit gegenüber. Die Grenzen der äußeren Freiheit eines jeden Menschen bestimmt das Vernunftgesetz. Vermöge seiner sinnlichen Natur ist der Mensch zugleich fähig, die Vernunftgesetze zu übertreten; solche Uebertretungen dürfen aber nicht geschehen, weil nur dadurch, daß jeder Mensch den Gebrauch seiner Freiheit in einem gewissen Grade einschränkt, für den Anderen die Möglichkeit, ebenfalls von seiner Freiheit Gebrauch zu machen begründet wird, der Mensch aber als Vernunftwesen Andere neben sich als existirend und deren gleiche Berechtigung zum Gebrauche ihrer Freiheit anerkennt

---

hältnissen nützlich ist. L. 11. D. (1. 1.) Außerdem bedeutet ius 1) die einem Familienhaupte über die zu seiner Familie gehörigen Personen zustehende Gewalt, wie in der Eintheilung der Menschen in homines sui iuris und homines alieni iuris. pr. Inst. (I. 8.); 2) ein nahes Verhältniß gewisser Personen zu einander, soviel wie necessitudo. L. 12. D. (1. 1.); 3) den Ort, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, namentlich das Tribunal des Prätor, z. B. in den Ueberschriften der Pandectentitel de in ius vocando und de interrogationibus in iure faciendis, und in dem Ausdrucke confessio in iure, daher auch die Trennung des römischen Processes, so lange der Formularproceß bestand, in zwei Haupttheile, ius und iudicium, je nachdem vor dem Prätor oder vor dem iudex verhandelt wurde; auch in teutschen Gesetzen kommt das Wort Recht bisweilen für den Gerichtsort vor, z. B. Peinliche Gerichtsordnung Art. 135, so bezeichnet der Ausdruck Ding und Recht (forum et ius) den Ort, wo Recht gesprochen wird. 4) Die Art des gerichtlichen Verfahrens bei Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen, die Proceßform oder die Gerichtsordnung wird ebenfalls durch ius bezeichnet. So wird bei der Verhandlung streitiger Rechtssachen unterschieden zwischen denen, welche iuris ordinarii und denen, welche cognitionis praetoriae waren, je nachdem, was zur Zeit des Formularprocesses das Gewöhnliche war, der Magistrat zur weiteren Verhandlung und Entscheidung einen iudex beauftragte, oder selbst cognoscirte und entschied, was extra ordinem geschah. L. 78. §. 2. D. (50. 16.) Auch das Wort Recht wird zuweilen für den Proceß genommen; z. B. in der in den Schuldverschreibungen mitunter vorkommenden Clausel: mit oder ohne Recht, und in dem auch in der Peinl. Gerichtsordnung Art. 11, 14, 15, 211 vorkommenden Ausdrucke peinliches Recht. 5) Bedeutet ius bisweilen den Ausspruch des mit der Rechtspflege bei den Römern beauftragten Magistrates, wie in den Redensarten ius reddere, ius dicere. L. 11. D. (1. 1.) Von dem iudex, welcher eine Entscheidung giebt, wird der Ausdruck iudicare gebraucht. 6) Bezeichnet ius auch die Rechtswissenschaft, z. B. ius est ars aequi et boni. L. 1. pr. D. (1. 1.) Vgl. über diese und andere Bedeutungen von ius Glück, Erl. der Pand. Bd. I, S. 1—13, namentlich auch über den Sinn, welchen die römischen Juristen damit verbinden, wenn sie sagen, es bestehe etwas mehr in facto, als in iure, oder wenn sie ius und factum einander entgegensetzen, z. B. L. 27. §. 2. D. (2. 14.) L. 10. D. (4. 5.) L. 41. D. (15. 1.) L. 48. §. 1. D. (41. 1.) L. 38. §. 6. D. (45. 1.)

und anerkennen muß. Gegen solche Uebertretungen erlaubt das Vernunftgesetz Zwang. Die Befugniß zu zwingen ist unmittelbar mit dem Rechte gegeben; daher ist jedes Recht zugleich ein Zwangsrecht. Der einzelne Mensch ist aber nicht immer fähig zu zwingen; denn der Berechtigte ist nicht immer auch der Stärkere, um die seinem Rechte entgegengestellten Kräfte zu überwinden. Dies führt zu der Nothwendigkeit der Verbindung Mehrerer, um den Widerstand des Einzelnen gegen Anerkennung des Rechtes durch vereinigte Kräfte zu überwinden und den Zwang zu realisiren. Eine solche Vereinigung einer Menge Menschen unter einer Oberherrschaft zur Sicherung der zustehenden Rechte heißt mit dem allgemeinsten Namen bürgerliche Gesellschaft. Insofern diese Gesellschaft in gewissen geographischen Grenzen eingeschlossen, von anderen ähnlichen Vereinen unabhängig gedacht und nach einer bestimmten Ordnung regiert wird, heißt sie ein Staat. Häufig wird der Name Volk damit als gleichbedeutend gebraucht, damit aber zugleich auch die Stammesverwandtschaft der in der Staatsverbindung lebenden Menschen ausgedrückt. Mit der Existenz eines Staates hört der Zustand der Menschen, wo sie bei ihren Handlungen blos von den Vorschriften ihrer Vernunft sich bestimmen zu lassen haben, auf. Es treten nunmehr theils die sich durch gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes in Gewohnheiten aussprechenden Rechtssätze ein, theils werden durch die Oberherrschaft oder die höchste Gewalt im Staate als die Gesetzgeberin neue Vorschriften ertheilt; besondere mit vereinigten Kräften gegründete Anstalten sichern den Vollzug ihrer Anordnungen. Dies führt zu 2) dem Rechte im objectiven Sinne (ius in s. obiectivo), worunter der Inbegriff der in den Rechtsgesetzen enthaltenen Bestimmungen verstanden wird. Die Vorschriften, deren Befolgung im Staate verlangt wird, beschränken sich aber nicht blos auf Erhaltung des äußerlichen Friedens, sondern sind immer und überall, obwohl in einem nach Zeit und Umständen verschiedenen Grade auf Erhaltung mancher anderen Güter des Lebens gerichtet gewesen. Diese Richtung der Staatsverbindung auf etwas Anderes außer dem Schutze der individuellen Freiheit erklärt sich durch die geschichtliche Entwickelung des Staates und dessen Hervorgehen aus der Familie. Als ursprüngliche Bestandtheile jedes Rechtes sind drei Klassen von Vorschriften anzusehen, erstlich solche, welche das Verhältniß der einzelnen Individuen zu einander, in Bezug auf eine freie und sichere Existenz, bestimmen, zweitens solche, deren Zweck die Erhaltung der Gesellschaft als Gesammtheit oder der Staatsverbindung bezweckt, und drittens diejenigen, welche aus dem sittlichen und religiösen Elemente der Gesellschaft hervorgehen. Allein darauf ist der Inhalt der rechtlichen Normen eines Volkes nicht beschränkt. Es sind Anstalten nothwendig, um den Vorschriften die Befolgung zu sichern, namentlich die Bestellung von Richtern und Obrigkeiten, deren Pflichten gegen die Mitglieder der Gesellschaft und dieser gegen jene festzusetzen sind. Dann können in den Kreis der

Vorschriften des Staates alle Handlungen gezogen werden, welche auch nur mittelbar mit dem Wohle und der Sicherheit des Ganzen zusammenhängen. Ueberhaupt ist der Umfang des Rechtes in abstracto ohne Grenze und nach der Erfahrung sind bald mehrere, bald wenigere Handlungen der Willkür der Einzelnen entzogen und werden durch Staatsvorschriften geregelt. Unter den von einer bürgerlichen Gesellschaft anerkannten und garantirten Normen lassen sich unterscheiden solche, welche theils ohne Rücksicht auf eine Sanction durch den Staat als richtig und geltend anerkannt, theils durch das Dasein eines Staates als nothwendige Folgen dieser Thatsache vorausgesetzt werden, und solche, welche erst durch den Staat oder durch ausdrückliche Bestimmung der Gesellschaftsmitglieder entstehen. Den ersten dieser beiden Bestandtheile der zu befolgenden Vorschriften kann man das Recht (*δίκαιον*, ius), den zweiten die Gesetze, (*νόμοι*, leges) nennen. Denn Gesetz in seiner ursprünglichen auf der Etymologie beruhenden Bedeutung ist so viel wie Satzung, eine Vorschrift, welche in einer willkürlichen Bestimmung ihren Grund hat. In einer allgemeineren Bedeutung ist Gesetz jede Vorschrift, welche im Staate nöthigen Falles durch Zwang verwirklicht werden kann. Das Recht im objectiven Sinne umfaßt die unter Staatsschutz stehenden Normen; es unterscheidet sich dadurch von den Grundsätzen, welche entweder dem Gebiete der Sittenlehre angehören, oder aus Rücksichten der Klugheit befolgt werden sollen. Nahe verwandt ist damit die Bedeutung von Recht, in welcher darunter die wissenschaftliche Darstellung der unter Staatsschutz stehenden Normen verstanden und dieses wissenschaftliche Ganze von anderen Wissenschaften überhaupt, insbesondre aber von der Moral und Politik unterschieden und denselben entgegengesetzt wird. In diesem Sinne ist Recht gleichbedeutend mit Rechtswissenschaft. Eine andere Bedeutung des Wortes Recht ist noch die, daß es nicht das Ganze der vom Staate anerkannten und durch Zwang geschützten Vorschriften, sondern nur einen Theil derselben, nämlich diejenigen bezeichnet, welche in den Landesgerichten angewendet werden, dieser geschichtliche Begriff beruht theils auf der Verfassung jedes Landes, theils hat er in der vorzugsweisen Rücksicht des Unterrichtes in der Rechtswissenschaft auf das Richteramt seinen Grund [2]).

II. Vom Rechte im subjectiven Sinne. Jedem Rechte im subjectiven Sinne steht eine Verbindlichkeit gegenüber, dasjenige zu thun oder zu unterlassen, was vermöge des Rechtes gefordert werden kann. Da aber ein Recht, insofern es im Rechtsverbande realisirt werden soll, immer nur ein Zwangsrecht sein kann, so muß auch die ihm gegenüberstehende Verbindlichkeit immer eine solche sein, deren Erfüllung erzwungen werden kann. Es ist daher eigentlich in rechtlicher Beziehung der Unterschied zwischen vollkommenen Verbindlichkeiten

---

2) Falck, jurist. Encyklopädie §. 1—6.

(Zwangspflichten) und unvollkommenen Verbindlichkeiten (Liebespflichten) ohne Bedeutung, da in der Staatsverbindung als Anstalt zum Rechtsschutze nur die Verbindlichkeiten in Betracht kommen können, deren Erfüllung erzwungen werden kann, indem die Liebespflichten in das Gebiet der Moral gehören. Der Staat kann allerdings durch ausdrückliche Vorschrift eine Liebespflicht in eine Zwangspflicht verwandeln; auch kann dies durch letzte Willensverordnungen oder Verträge geschehen. An sich aber kann eine Liebespflicht im Staate nur insoweit Berücksichtigung finden, als eine Zurückforderung dessen, was in Anbetracht einer solchen geleistet worden ist, nicht stattfindet. Von diesem Gesichtspunkte ist auch das römische Recht ausgegangen, wenn es die condictio indebiti in solchen Fällen ausschließt, weil, wenn Jemand Liebespflichten in der Absicht, eine Freigebigkeit zu üben, erfüllt, Rückforderung nicht stattfindet, indem Jeder, wer wissentlich eine Nichtschuld leistet, als Schenker behandelt wird; wenn er aber in der Meinung rechtlicher Verpflichtung dazu es that, die Vermuthung gegen die Absicht der Zurückforderung von Anfang an ist, in Betracht dessen, daß die Erfüllung einer solchen Liebespflicht Sache eines jeden Menschen, der auf moralische ehrbare Gesinnung und guten Ruf Anspruch macht, ist, und die Rückforderung des Geleisteten eine turpitudo sein würde [3]). — Nach dem Gegenstande, worauf sich der rechtliche Wille richtet, sind die Rechte verschieden [4]). Der Wille ist entweder auf seine eigene Subjectivität oder auf die Außenwelt gerichtet. In der ersteren Richtung, d. h. in der Macht über uns selbst, bedarf es weder einer Anerkennung, noch einer Begrenzung durch das Recht [5]). In der zweiten Richtung bieten sich Sachen und fremde Personen dar. Sachen als willenlose Gegenstände, unterliegen immer dem Willen, die Unterwerfung unter den Willen ist aber nicht immer gleichmäßig, sondern bald eine vollständige, bald eine mehr oder minder beschränkte. Der zum Rechte erhobene Wille beherrscht die Sache dann in der Art, daß das Recht unmittelbar an der Sache besteht, aber nicht gegen sie gerichtet und wirksam, sondern gegen Jeden, der mit der Sache auf eine solche Weise in Berührung kommt, daß dadurch eine gänzliche oder theilweise Störung der Unterwerfung eintritt. Die Sache ist dann wirklich Gegenstand des Rechtes. Diese Rechte entspringen aus den Instituten des Sachenrechtes. Eine gänzliche Unterwerfung einer Person unter unseren Willen ist nur mit Aufopferung ihrer Persönlichkeit denkbar und erscheint als Sclaverei; dieses Institut findet sich aber in unserem Rechte nicht vor. Wohl aber kann eine Person theilweise

---

3) Vgl. den Art. obligatio Bd. VII, S. 457, 458.

4) Ueber die mannigfaltigen Eintheilungen der Rechte Schilling, Institutionen Bd. I, §. 14—17. Bd. II, §. 89 flg. Ueber den geringen Nutzen derselben s. Sintenis, pract. gem. Civilrecht Bd. I, §. 11, N. 5, S. 85 flg., dem man hauptsächlich gefolgt ist.

5) Savigny, System Bd. I, S. 336.

unserem Willen unterworfen sein, d. h. in der Beziehung, daß wir gewisse Handlungen oder Unterlassungen von ihr fordern dürfen. Diese Handlung oder Unterlassung ist Gegenstand solcher Forderungsrechte; ihre Geltendmachung ist nur gegen die solchergestalt unterworfene bestimmte Person zulässig. Diese Rechte entstehen aus den Instituten des Obligationenrechtes. Außer diesen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person existiren noch andere durchaus verschiedener Natur, welche man unter dem Begriffe der Familienverhältnisse zusammenfaßt. An sich sind diese nur sittlich religiöse Verhältnisse[6]), wobei dem auf ihr Bestehen und auf ihre Anerkennung gerichteten Willen nichts, mithin auch nicht die Person unterworfen ist, mit welcher jene Verhältnisse bestehen[7]). Das eigentliche Wesen der Familienverhältnisse liegt in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin, daß er nicht blos Mensch überhaupt, sondern auch Ehegatte, Vater, Sohn ist, mithin in einer fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhange begründeten Lebensform[8]). Diese Verhältnisse haben aber wesentlichen Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse, indem sie sowohl mit bestehendem Rechte an Sachen und mit Forderungen in eine solche Berührung treten, daß für diese eigenthümliche wichtige Wirkungen entstehen, als auch die Entstehung neuer Rechtsverhältnisse und also Rechte derselben Art bewirken, deren Ursachen nothwendige Voraussetzungen neben anderen sind. Deshalb besonders sind sie rechtlich bestimmt und zu Rechtsverhältnissen geworden; die hiervon abgesehen als Resultat der Familienverhältnisse zu betrachtenden Rechte bestehen nur in Ansprüchen auf Anerkennung des Daseins der Familienverhältnisse. Noch ist des aus dem letzten zur Gesammtheit der Rechtsorganisation und deren Erhaltung gehörigen Rechtsinstitutes der Beerbung entstehenden Erbrechtes zu gedenken. Die Fortsetzung der Rechtsverhältnisse, durch welche der Einzelne mit dem gesammten Rechtsleben in Verbindung steht, nach seinem Tode ist nothwendig, weil sie zum größten Theile sein Leben überdauern und das Erlöschen derselben mit dem Leben für die Personen, zu welchen er in jenen Verhältnissen steht, insofern eine Rechtsstörung sein würde, als sie bei deren Fortdauer interessirt sind. Die Fortsetzung erstreckt sich über alle Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen, mithin auf dessen gesammtes Vermögen, und ist für den dazu Berufenen Gegenstand eines Rechtes. Hinsichtlich der einzelnen dem Erblasser zustehen-

---

6) Savigny a. a. O. §. 54.

7) So ist bei den Römern bei der väterlichen Gewalt nicht von einer juristischen Verpflichtung des Sohnes zum Gehorsam, nicht von einer Klage des Vaters gegen den ungehorsamen Sohn die Rede; ebenso kennt in der freien Ehe das römische Recht keine einzelnen Rechtsansprüche eines Ehegatten gegen den anderen, keine Klagen zum Schutze solcher einzelnen Rechte für den Fall der Verweigerung. Savigny a. a. O. S. 348 flg.

8) Savigny a. a. O. S. 349 flg.

den Rechte an Sachen und der Forderungsrechte erscheint das Erbrecht nur als eine Voraussetzung der Möglichkeit derselben in der aufgetretenen Person. Kommt aber die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, oder eine Quote, oder ein einzelnes Rechtsverhältniß als deren Bestandtheil in Frage, dann ist das Recht der Nachfolge darin zunächst ein selbstständiges. — Zwischen den sämmtlichen denkbaren Rechten sind nach vielfältigen Beziehungen Verschiedenheiten und Aehnlichkeiten, Zusammenstellungen und Gegensätze möglich. Außer den vorher erwähnten wesentlichen sind noch folgende zu erwähnen[9]: 1) Der Begriff eines Rechtes setzt voraus, daß es entstanden, mithin wirklich schon begründet ist. Die Möglichkeit der schon jetzt oder erst künftig zustehenden Ausübung ist hierbei unerheblich; denn das Rechtsverhältniß besteht auch dann schon wirklich. Allein es giebt Fälle, in welchen das Rechtsverhältniß noch nicht besteht, indem dazu noch Voraussetzungen fehlen, wo mithin die daraus möglichen Rechte noch nicht existiren, dennoch aber solche Zustände in manchen Beziehungen rechtlich bestimmt sind, so daß theils die in der Entstehung begriffenen Rechte selbst schon Wirkungen haben, theils Grund besonderer Befugnisse sind. Der an der künftigen Entstehung des Rechtsverhältnisses Betheiligte hat nämlich ein Interesse daran, daß seine Erwartung in Erfüllung gehe. Vermöge dieses Interesse steht nicht nur den eintretenden Falles Berechtigten wider die Verpflichteten, und nach den Umständen auch gegen Dritte ein vollkommenes Recht, sowohl zur Abwendung von Störungen, als auf Entschädigung zu, sondern auch Anspruch auf Sicherung des möglicher Weise entstehenden Rechtsverhältnisses. Hiernächst ist durch den vervollkommneten Verkehr die Erscheinung hervorgetreten, daß solche erwartet werdende Rechtsverhältnisse unter Umständen Vermögenswerth haben; daher sind darauf bezügliche Verfügungen und Geschäfte möglich. Für solche Fälle nun hat man den Begriff des künftigen Rechtes (ius futurum) dem schon begründeten Rechte (ius praesens) gegenüber gestellt[10];

---

9) Sintenis a. a. O. Bd. I, §. 12, S. 88 flg.

10) Die ausführlichste Erörterung über das ius futurum giebt Böhmer, Exerc. ad Pand. T. I. p. 143 sq. Dieser unterscheidet je nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit drei Stufen des ius futurum: 1) cuius fundamentum aliquod in praesenti iam adest, sed exercitium actuale a futuro eventu dependet, z. B. das Recht eines im Testamente eingesetzten Erben, so lange der Testator noch am Leben ist; 2) cuius fundamentum plenum et sufficiens adest, exactio autem a futuro eventu dependet, z. B. das Recht der Agnaten zur Lehensfolge; 3) cuius tantum exactio in diem certum dilata est. Dann theilt er das ius futurum in certum und incertum. Aber diese verschiedenen Stufen des ius futurum lassen sich nicht billigen. Sintenis a. a. O. S. 89, N. 2 hat mit dem, was im Texte vorgetragen und aus ihm entlehnt ist, das Richtige getroffen. Das Rechtsverhältniß muß eines Theiles irgend einen Anfang von der Art genommen haben, daß einseitiger Rücktritt ausgeschlossen und die Vollendung nur noch von den Umständen oder dem Zufalle abhängig ist; anderen Theiles darf das Rechtsverhältniß nicht schon feststehen und nur seine Ausübung noch in die Zukunft ver-

es mangelt aber diesem Begriffe an der gehörigen juristischen Bestimmtheit, weil er auch ungewisse Möglichkeiten umfaßt. Nur folgende Verhältnisse gehören hierher: a) das aus einem an eine Bedingung geknüpften Rechtsverhältnisse entstehende bedingte Recht kann schon vor seiner endlichen Feststellung in den angedeuteten Beziehungen in Betracht kommen und Wirkungen äußern; dasselbe ist der Fall mit den Rechten, deren Ausübung an einen bevorstehenden Zeitpunkt gebunden ist, wofern dieser einer Bedingung gleichzuachten ist; b) dasselbe ist möglich, wenn ein Rechtsverhältniß eingegangen worden ist, dessen Voraussetzungen nicht alle gleichzeitig eintreten müssen, bis zum Eintritt der noch fehlenden Voraussetzung; c) bei rechtlichen Verhältnissen, welche ihrer Natur nach den Eintritt eines künftigen Ereignisses voraussetzen, mithin hinsichtlich ihrer Vollendung und vollständigen Wirksamkeit den vertragsmäßig eingegangenen an eine Bedingung geknüpften ganz ähnlich sind, z. B. das Versprechen oder Vermächtniß einer dos an ein unverheurathetes Frauenzimmer, gilt dasselbe, wie bei den bedingten Rechtsverhältnissen mit unmittelbarer Beziehung auf Sachen, welche hinsichtlich ihres Anfanges an einen künftigen Zeitpunkt geknüpft werden und dann erst mit diesem eintreten, unter der Voraussetzung, daß das Verhältniß dessen, der sie bestellt, noch von der Art ist, daß er sie bestellen könnte, kommen auch manche Folgen der künftigen, wiewohl precairen, Rechte vor[11]); d) in den im Erbrechte vorkommenden Fällen, in welchen die Möglichkeit des Erwerbes von Rechten gegeben ist, der wirkliche Erwerb aber noch nicht geschehen oder durch Umstände für jetzt gehindert ist, ist dasselbe möglich[12]). 2) Mit der Eintheilung des Rechtes in allgemeines und besonderes (ius commune und singulare) hängt ein Gegensatz der dadurch begründeten Rechte zusammen. Die besonderen Rechte unterscheiden sich von den allgemeinen nicht nur in Ansehung ihres Inhaltes, sondern auch in Ansehung des Erwerbes, der Ausübung und des Verlustes.

---

schoben sein. Daher sind namentlich nicht hierher zu rechnen die Erbrechte ab intestato und aus einem Testamente vor dem Tode des Erblassers. Ebensowenig gehört anderer Seits das Recht aus der Bürgschaft hierher, welches vielmehr mit dieser selbst schon feststeht und wobei nur noch ungewiß ist, ob es zur Ausübung kommt.

11) Nicht hierher gehören obligationes in diem; diese sind vielmehr schon vorhanden und nur die Zahlung ist auf einen Termin hinausgesetzt. §. 2. Inst. (III. 16.) L. 46. D. (45. 1.) Doch heißen sie auch futurae obligationes. L. 89. D. (45. 1.)

12) In der angegebenen Beziehung werden ius delatum und ius acquisitum einander entgegengesetzt. Es gehören zu diesen Fällen auch die Rechte aus Familienfideicommissen für doch zurückstehende Verwandte und aus ähnlichen, z. B. aus Lehensverhältnissen für die Agnaten. Eine Geltendmachung in der Art, daß ihre Anerkennung gefordert wird, ist nicht zulässig, wenn auch die Wahrscheinlichkeit, daß der Aufgetretene zur Perception komme, noch so groß wäre, außer wenn der dermalige Inhaber den Gegenstand dieses künftigen Rechtes veräußert. Sintenis a. a. O. §. 12, N. 6, S. 90 flg.

Entstehung und Erlöschen der Rechte überhaupt[13]). 1) Für eine bestimmte Person gedacht, fällt die Entstehung eines Rechtes mit dem Erwerbe desselben zusammen. Der Erwerb geschieht durch eine Thatsache[14]). Die hierbei möglichen Thatsachen lassen sich für den Erwerb von Rechten unter drei verschiedene Gesichtspunkte stellen. Erstlich entstehen mehrere Rechte für Jeden schon mit seiner Geburt, indem er mit dieser in ein Familienverhältniß mit anderen Menschen tritt und sogleich die durch die Verwandtschaft begründeten Rechte, sowie auch die vermöge seiner individuellen Natur ihm zukommenden besonderen Rechte erwirbt, z. B. die den Unmündigen und Minderjährigen zustehenden, und Frauenspersonen die Vorrechte ihres Geschlechtes. Diese Rechte nennt man angeborene, Urrechte. Eine zweite Klasse von Thatsachen umfaßt der Begriff der Ereignisse, sie mögen mit oder ohne Thätigkeit Anderer eintreten; der Erwerb des daraus entspringenden Rechtes geschieht hier ohne weiteres infolge einer für dieses Ereigniß bestehenden Rechtsvorschrift, welche ihm gewisse Wirkungen beilegt, ohne daß es auf eine Erklärung oder nur auf die Bekanntschaft mit dem Ereignisse ankommt[15]). Die dritte Klasse begreift die eigenen Handlungen, sowohl einseitige, als mit denen Anderer in Beziehung und Verbindung stehende, deren Zweck Entstehung von Rechtsverhältnissen und Erwerb von Rechten ist. Nach diesen Möglichkeiten unterscheidet man angeborene und vom Menschen erst im Laufe seines Lebens erworbene Rechte, ein Unterschied, welcher jedoch für die Natur der Rechte keine Bedeutung hat. Ebenso ohne Bedeutung ist ein anderer Unterschied der erworbenen Rechte, obwohl davon wesentliche Folgen für die einzelnen abhängen können. Der Erwerb der Rechte geschieht nämlich entweder in der Art, daß die Rechte zugleich mit dem Erwerbe entstehen, also vorher nicht existirten (ursprünglicher, originärer Erwerb), oder so, daß sie von demjenigen, welchem sie bisher zustanden, auf einen Anderen übergehen (abgeleiteter, derivativer Erwerb). Im letzteren Falle findet Succession, Nachfolge im Rechte, statt, wobei die Rechte dieselben bleiben und nur ihre Inhaber wechseln, so daß der Nachfolger (successor) das Recht nur in dem Umfange, in welchem es seinem Vorgänger (auctor) zustand, erhält und ausüben kann. Nicht in alle Rechte kann Succession statt-

13) Sintenis, Civilr. Bd. I, §. 16, S. 131 flg. Savigny, System Bd. III, §. 104, S. 1 flg.

14) Der von Manchen statt dieser Thatsache genannte und unter den allgemeinen Erfordernissen der Erwerbung von Rechten aufgeführte rechtmäßige Erwerbsgrund (causa, iusta causa, titulus oder iustus titulus) ist kein passender Ausdruck, weil er zu sehr blos auf Rechtsgeschäfte hindeutet und auf die angeborenen Rechte unanwendbar ist. Die lateinischen Ausdrücke haben quellenmäßig eine viel engere Bedeutung. Causa bezeichnet zwar auch den Entstehungsgrund eines Rechtes, allein nur wenn dieser ein Rechtsgeschäft ist; häufig bezeichnet causa, und titulus immer, einen Entstehungsgrund eines Sachenrechtes.

15) Die Fälle begreift der Erwerb ipso iure oder lege, auch tacito iure.

finden; viele Rechte sind von bestimmten Personen unzertrennlich und hören daher auch mit denselben auf, z. B. die den Familienverhältnissen angehörigen Rechte im jetzt practischen Rechte, die angeborenen und die besonderen Rechte. Regelmäßig ist aber bei den wichtigsten Privatrechten, d. h. bei den allgemeinen Vermögensrechten Succession zulässig. Hinsichtlich ihres Umfanges ist die Succession entweder Singularsuccession, welche in einzelne Rechte geschieht, oder Universalsuccession, welche in die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse einer Person geschieht. Im älteren römischen Rechte war eine Universalsuccession in das Gesammtrechtsverhältniß sowohl eines Lebenden, als auch eines Verstorbenen möglich; nach dem jetzt giltigen Rechte kommt blos die letztere vor und es geht da die Nachfolge in den Begriff der Beerbung über. Die letztere, welche das Vermögen als Ganzes zum Gegenstande hat, macht einen besonderen Theil des Privatrechtes aus. Die Singularsuccession kommt durch das ganze System zerstreut an verschiedenen Orten vor; die hauptsächlichsten Fälle sind unter den Lebenden der Erwerb der Sachenrechte durch Veräußerung und die Cession der Forderungen, auf den Todesfall der Erwerb durch Legat und Fideicommiß. 2) Der Untergang und Verlust der Rechte wird ebenfalls durch Thatsachen herbeigeführt. Auch in dieser Beziehung lassen sich die Thatsachen unter drei verschiedene Gesichtspunkte bringen. Erstlich ist der Tod des Berechtigten Ursache des Erlöschens für die angeborenen Rechte, wenn der Berechtigte sie nicht schon früher verloren hat, welcher frühere Verlust bei den durch eine solche Eigenthümlichkeit der physischen Natur des Menschen begründeten Rechten, welche sich ändern kann und ändert, eintritt; z. B. erlöschen die besonderen Rechte der Unmündigen mit der eingetretenen Mündigkeit. Außer den angeborenen Rechten giebt es noch manche so eng mit der Person des Erwerbers verbundene, daß sie stets mit seinem Tode aufhören und nicht auf die Erben übergehen (höchstpersönliche Rechte, sog. iura personalissima). Sie lassen sich unter einen allgemeinen Gesichtspunkt nicht wohl bringen; theils sind sie ihrer Natur oder gesetzlicher Bestimmung nach auf die Person als Individuum beschränkt; theils sind sie nur auf Befriedigung eines persönlichen Bedürfnisses gerichtet; theils sind sie solche aus Verträgen, bei denen ein besonderes persönliches Vertrauen der Contrahenten vorausgesetzt wird, und welche daher, wenn es die Person des Verpflichteten betrifft, mit dessen Tode enden; theils sind es solche Rechte, aus denen die Klagrechte nicht auf die Erben übergehen. In der zweiten Klasse sind, wie bei dem Erwerbe, die Ereignisse begriffen, und unter diesen wieder die Handlungen Anderer; in der dritten die eigenen Handlungen, welche auf den Verlust sowohl berechnet sein, als ihn auch unbeabsichtigt herbeiführen können. 3) Die den Erwerb oder den Verlust von Rechten vermittelnden Thatsachen müssen für jedes einzelne Rechtsinstitut besonders berücksichtigt und dargestellt werden, soweit diesem einzelnen Institute besondere Bestim=

mungen darüber eigenthümlich sind. Doch giebt es nicht nur Thatsachen von rechtlicher Bedeutung, welche einzelnen Klassen der Rechte gemeinsam sind, und darauf bezügliche Bestimmungen, sondern auch solche in noch größerem Umfange allgemeine, d. h. solche, welche den meisten, wenn auch nicht allen Rechten gemeinsam sind. Diese gemeinschaftlichen Grundsätze gehören in den allgemeinen Theil des Privatrechtes.

Ausübung der Rechte[16]). Ueber die Ausübung der Rechte gelten folgende Grundsätze: 1) Jedem steht frei, ob er von dem ihm zustehenden Rechte, und wann, innerhalb der dazu überhaupt bestehenden Frist, er Gebrauch machen will. In ersterer Beziehung findet keine Beschränkung statt; in letzterer kennt die Praxis eine Beschränkung durch die Provocationen zum Klagen, welche in den Civilproceß gehören. 2) Die Ausübung eines Rechtes muß sich nicht nur innerhalb der Grenzen desselben halten, sondern ist selbst innerhalb jener Grenzen Beschränkungen unterworfen, wenn dabei fremde Interessen berührt werden. Allerdings ist es Regel, daß bei Ausübung eines Rechtes der Berechtigte auf den dadurch einem Anderen entstehenden Nachtheil keine Rücksicht zu nehmen braucht (qui iure suo utitur, neminem laedit oder nemini facit iniuriam) und daß die Veranlassung, der Grund zur Ausübung eines Rechtes einer rechtlichen Beurtheilung nicht unterworfen ist[17]). Eine solche Ausübung des Rechtes aber, welche für den Berechtigten offenbar und voraussichtlich keinen Nutzen bringt, und Anderen offenbar zum Schaden gereicht, also nur den Schaden Anderer bezwecken kann, mithin Chicane ist, ist nicht zulässig; diese Voraussetzungen können aber nur bei der Ausübung des Rechtes auf eine Sache, besonders auf Grundstücke und Gebäude, gleichviel ob eigene oder fremde, zusammentreffen[18]). Dagegen darf in wenigen Fällen dringender Gefahr zur Sicherung des eigenen Rechtes selbst in ein fremdes Rechtsgebiet eingegriffen werden, ohne daß Entschädigung oder wenigstens volle Entschädigung dafür zu leisten wäre[19]). 3) Von den in einem Rechte enthaltenen Befugnissen können nach Umständen einzelne geltend gemacht werden (cui plus licet, non debet, quod minus est, non licere)[20]). 4) Die Ausübung der Rechte kann ebensowohl vom Be-

---

16) Sintenis, Civilr. Bd. I, §. 27, S. 239.

17) L. 55. 151. D. (50. 17.) L. 9. 24. D. (8. 2.) L. 26. D. (39. 2.)

18) Die hier einschlagenden Stellen (L. 38. D. (6. 1.) L. 1. §. 12. L. 2. §. 5. D. (39. 3.) Nov. 63.) beziehen sich nur auf Bauten und Einrichtungen an und auf Grundstücken. Weder die Beschränkung auf die speciellen Fälle, welche Manche annehmen, wie Fritz, Erl. zu Wening-Ingenheim Civilrecht Bd. I, S. 49 flg. noch die von den Meisten daraus abgeleitete allgemeine Regel, daß ein Recht nicht blos zur Chicane Anderer und ohne irgend einen daraus für den Berechtigten entspringenden Vortheil ausgeübt werden dürfe, lassen sich rechtfertigen. Sintenis a. a. O. §. 27, N. 6, S. 241.

19) S. über diese Fälle Sintenis a. a. O. S. 241 flg.

20) L. 21. 26. 113. 163. 165. D. (50. 17.)

rechtigten in eigener Person, als durch Andere für denselben, namentlich Stellvertreter, geschehen. Ausnahmen leidet diese Regel eines Theiles in einigen wenigen Fällen, in welchen der Berechtigte gewisse Rechte nur in eigener Person ausüben kann, anderen Theiles in anderen Fällen, wo die Ausübung nur durch Stellvertreter zulässig ist. 5) Jede Person kann in vielen Rechtsverhältnissen stehen. Diese bestehen für diese Person neben einander, soweit sie einander durch ihre individuelle Natur nicht aufheben, welche Aufhebung im Falle der Confusion oder des Wahlrechtes oder des Sieges mit einer anderen concurrirenden Klage eintritt. Auch die verschiedenen Rechte verschiedener Personen bestehen neben einander und beschränken oder hindern einander durch ihr gleichzeitiges Dasein nicht. In solchen Fällen spricht man von einer Concurrenz der Rechte (concursus iurium). Dagegen ist ein Conflict dieser Rechte (conflictus oder collisio iurium) dadurch möglich, daß sie in demselben Inhalte bei der Ausübung zusammentreffen. Die im allgemeinen geltende Regel ist, daß, wer sein Recht zuerst ausübt, dadurch nach Umständen den Anderen ganz, oder zum Theil ausschließt (prior tempore, potior iure)[21]), und wenn keine solche Prävention stattgefunden hat, sich die Rechte in der Ausübung gegenseitig beschränken[22]). Es können in dieser Beziehung auch stärkere und schwächere Rechte zusammentreffen; allein in diesen Fällen findet kein Conflict statt, sondern das stärkere Recht wird dem schwächeren gegenüber geltend gemacht und dessen Ausübung dadurch nothwendig zurückgedrängt. Hierher gehören auch die iura singularia gegenüber dem ius commune und stärkere und schwächere iura singularia. In Bezug auf iura singularia finden sich darüber, welches das stärkere sei, folgende Bestimmungen: a) das beneficium aetatis, die dem Minderjährigen zukommende Restitutionswohlthat geht den Rechtswohlthaten aus dem SC. Velleianum und Macedonianum vor[23]). b) Eine blos nach dem Muster und Beispiele einer anderen eingeführte Rechtswohlthat steht der eigenen Rechtswohlthat des anderen nach. Daher kann den Städten die Einrede des SC. Macedonianum entgegengesetzt werden[24]). Hinsichtlich der Collision von iura singularia

---

21) L. 9. §. 4. D. (6. 2.) L. 4. §. 3. 4. D. (8. 5.) L. 10. D. (20. 1.) und andere bei Sintenis a. a. O. S. 243, N. 14 angeführte Stellen.

22) L. 17. D. (8. 3.) L. 16. §. 8. D. (20. 1.) L. 42. D. (42. 5.) L. 6. §. 7. D. (42. 8.) Das Loos entscheidet nur über die processualische Stellung, wie bei den Theilungsklagen, und über Wahlrechte. L. 14. D. (5. 1.) L. 5. D. (10. 2.) §. 23. Inst. (II. 20.) L. 3. C. (VI. 43.) L. 33. fin. D. 30.

23) L. 11. §. 7. L. 12. D. (4. 4.) L. 3. §. 2. D. (14. 6.) L. 9. pr. D. (22. 6.)

24) L. 15. D. (14. 6.) Von Glück, Erl. der Pand. Bd. II, S. 27 wird unter Bezug auf cap. 1. X. (I. 41.) angenommen, daß bei Collision eines Minderjährigen mit einer Kirche, das Recht des Minderjährigen den Vorzug habe. Die fragliche Gesetzstelle enthält nichts davon; allein die Behauptung Glück's dürfte sich aus der Analogie der in L. 15. D. (14. 6.) gegebenen Entscheidung rechtfertigen lassen.

derselben Art findet sich in Bezug auf die Restitution der Minderjährigen die Bestimmung, daß, wenn zwei Minderjährige ein Geschäft mit einander abgeschlossen haben und der eine von ihnen in Nachtheil gerathen ist, der andere aber durch die Restitution in Nachtheil gerathen würde, die Restitution wegfällt, indem hier die Regel zur Anwendung kommt: melior est conditio possidentis[25]). Handelt es sich dagegen bei Aufrechterhaltung des Geschäftes um den reinen Gewinn für den Einen gegenüber dem Verluste des Anderen, so wird der letztere restituirt, z. B. wenn ein Minderjähriger das vom Anderen geliehene Geld noch hat, oder dasselbe doch in seinen Nutzen verwendet worden ist, so ist Restitution begründet[26]).

III. Recht im objectiven Sinne. A. Rechtsquellen. Der rechtliche Charakter einer Vorschrift oder die Form des Rechtes entsteht durch die allgemeine Anerkennung derselben in dem Vereine, welcher zu ihrer Gewährleistung gestiftet worden ist. Die Rechtsnormen selbst entstehen theils aus den Verhältnissen, in welchen sich die Einzelnen von Natur befinden, und deren Sicherung gegen Störung bezweckt wird, theils durch das mit unbewußter Freiheit sich entwickelnde Leben eines Volkes, theils endlich aus einer auf die Rechtsbildung gerichteten absichtlichen Wirksamkeit. Eine solche absichtliche Wirksamkeit in dieser Richtung ist weder ein Ursprüngliches, noch ein an sich Nothwendiges, sondern sie tritt erst infolge einer von der Gesellschaft für nothwendig erachteten Veränderung in der bestehenden Ordnung ein. Die Befugniß, solche Veränderungen zu treffen, heißt die gesetzgebende Gewalt und ist ein wesentlicher Theil der die höchste Staatsgewalt bildenden Hoheitsrechte. Es giebt demnach drei Rechtsquellen, die ursprüngliche Natur der menschlichen Verhältnisse, das Leben des Volkes und die gesetzgebende Gewalt. Bei den beiden letzteren Rechtsquellen unterscheiden sich auch die Producte derselben, oder die Erscheinungen, in welchen das Leben des Volkes und die gesetzgebende Gewalt als wirksame, das Recht bildende Kräfte erscheinen. Dem Leben des Volkes entspringen die Gewohnheiten, der gesetzgebenden Gewalt die Gesetze. Beide, die Gewohnheiten und Gesetze sind in Bezug auf die Bedeutung des Wortes Recht, daß man darunter nicht die in einem Volke geltenden Normen selbst, sondern deren wissenschaftliche Darstellung versteht, in einem anderen Sinne ebenfalls Rechtsquellen. Gewöhnlich werden unter Rechtsquellen gerade die Erkenntnißquellen der Rechtswissenschaft verstanden[27]).

---

25) L. 11. §. 6. D. (4. 4.) Die gedachte Regel findet sich in L. 128. pr. D. (50. 17.)

26) L. 34. pr. D. (4. 4.) Ob der Empfänger des Darlehens unter väterlicher Gewalt steht, ist hierbei gleichgiltig, weil das beneficium aetatis das SC. Macedonianum überwiegt.

27) Falck a. a. O. §. 7.

B. Eintheilungen. AA. Natürliches und positives Recht (ius naturale und positivum). Lehren und Vorschriften, welche blos durch Zeugnisse erkannt werden können, heißen positive; ebenso die solche Lehren und Vorschriften behandelnden Wissenschaften. Die Rechtswissenschaft ist eine positive Wissenschaft; denn Gewohnheiten und Gesetze sind nur durch Zeugnisse erkennbar. Insofern aber Rechtssätze nicht auf solchen Zeugnissen beruhen, sondern durch die Betrachtung der bürgerlichen Gesellschaft und der einzelnen darin vorkommenden Verhältnisse aufzufinden und durch Folgerungen aus diesen Thatsachen abzuleiten sind, kann der Inbegriff dieser Regeln im Gegensatze des positiven Rechtes, das natürliche Recht genannt werden[28]). Unter Naturrecht oder philosophischer Rechtslehre[29]) hat man aber oft etwas anderes verstanden. Darin war man einverstanden, daß darin nur die Zwangsrechte und Zwangspflichten abgehandelt oder die Grundsätze entwickelt werden sollten, welche die Vernunft über den rechtmäßigen Gebrauch der Gewalt aufstellt. Der Name Naturrecht wurde deshalb gebraucht, weil die Grundsätze aus der menschlichen Natur, nicht aus den Anordnungen einer bürgerlichen Gesellschaft abgeleitet werden sollten. Man dachte sich das Naturrecht auch wohl als Theorie der rechtlichen Verhältnisse in einem Naturstande, wie dieser ohne Voraussetzung eines Staates sein würde. Damit hing die Eintheilung in absolutes (reines) und hypothetisches (angewandtes) Naturrecht zusammen. Das erstere, auch Naturrecht im eigentlichen Sinne genannt, enthielt die Grundsätze, welche blos ein Zusammenleben von Menschen, keine besonderen factischen Zustände voraussetzen, mithin

28) Falck a. a. O. §. 8.

29) Den Römern ist eine philosophische Rechtslehre fremd. Was sie ius naturale nennen, ist die Summe derjenigen Erscheinungen und von der Natur begründeten Einrichtungen, welche den Menschen mit den Thieren gemeinsam sind. L. 1. §. 3. D. (1. 1.) Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeri. Ueber das Auffällige, was oft getadelt worden ist, nämlich daß hier den Thieren Recht und Rechtsbewußtsein zugeschrieben worden ist, vgl. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 415 flg. Näher kommt das ius gentium der Römer der philosophischen Rechtslehre, indem es als dasjenige Recht bezeichnet wird, was bei allen Völkern beobachtet wird. L. 9. D. (1. 1.) Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Allein auch das ius gentium der Römer ist kein Product der Speculation, sondern der Erfahrung, indem damit der Inbegriff derjenigen Rechtssätze bezeichnet wird, welche die Römer bei den ihnen bekannten Völkern gleichmäßig beobachtet vorfanden. Dies geht deutlich daraus hervor, daß die freie Geburt als im ius naturale begründet anerkannt, die Sclaverei aber als ein Institut des ius gentium bezeichnet wird, d. h. als ein solches, welches bei allen den Römern bekannten Völkern existirte. L. 4. D. (1. 1.)

die allgemeinsten Principien, welche im zweiten Theile auf die in der Erfahrung vorkommenden Verhältnisse angewendet wurden, woraus sich ein natürliches Staats-, Privat-, und Völkerrecht, als die drei Theile des hypothetischen Naturrechtes ergaben. Das Verhältniß des Naturrechtes zum positiven Rechte wurde von Mehreren gar nicht berührt und es wurde unentschieden gelassen, ob diese Wissenschaft blos als ein Theil der praktischen Philosophie, als eine Art Moral anzusehen sei, oder ob der Richter die aufgestellten Grundsätze zur Ergänzung des positiven Rechtes anzuwenden habe. Andere entschieden sich für Anwendbarkeit der naturrechtlichen Grundsätze, hatten aber über den Umfang der Anwendbarkeit und die Art der Anwendung verschiedene Ansichten. Die Systeme des Naturrechtes weichen sehr in der Ableitung des Rechtsbegriffes und daher in der Begründung der Wissenschaft von einander ab. Nach der Ansicht der meisten älteren Naturrechtslehrer setzt jedes Recht in der Person des Berechtigten eine Pflicht voraus, deren Erfüllung durch das Recht bedingt ist. Hiernach wird aber der Umfang des Rechtsgebietes zu eng, indem es Rechte giebt, zu deren Ausübung das Sittengesetz nicht verpflichtet. Andere begründen den Rechtsbegriff auf einer aus dem Sittengesetze folgenden Erlaubniß, wogegen zu bemerken ist, daß mehrere Rechte mit dem Sittengesetze in Widerspruch stehen, folglich durch dasselbe nicht gegeben sein können. Beide Arten der Begründung des Naturrechtes heben diese Wissenschaft ihrem Wesen nach auf, indem nach beiden die Moral zur Erkenntniß der Rechte genügen würde. Nach einer dritten Ansicht wird das Recht aus dem Sittengesetze des Verpflichteten gefolgert durch die Annahme, daß jeder Mensch die Befugniß habe, von anderen Menschen die Erfüllung der allen Menschen unbedingt obliegenden Pflichten zu fordern. Es giebt aber unbedingte Pflichten, welchen kein Recht gegenüber steht; daher könnte man nach diesem Grundsatze die blos sittlichen Pflichten nicht von den juristischen unterscheiden. Die Ansicht von Kant[30]) hat die meisten Anhänger gefunden. Nach ihr wird der Rechtsbegriff nicht unmittelbar auf Gebote der Moral, sondern auf die äußere Freiheit, als eine Bedingung für die möglichste Wirksamkeit des Sittengesetzes bezogen und das Recht für diejenige Handlungsweise erklärt, welche mit der Freiheit Aller nach einem allgemeinen Gesetze bestehen kann. Alle Systeme beruhen auf der Grundidee, daß die Vernunft, ohne Rücksicht auf die bestehenden Staatseinrichtungen, zu Rechtsgrundsätzen führen, welche von der moralischen verschieden seien. Wenn nun auch durch die Vernunft unmittelbar das Wesen der sittlichen Natur des Menschen und die daraus hervorgehenden Pflichten erkennbar sind, so liegt doch der zwischen Zwangs- und Gewissenspflichten gemachte Unterschied nicht in der ursprünglichen Natur dieser Pflichten, wie solche durch die Ver-

---

30) Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797.

nunft bestimmt sind. Denn die moralische Möglichkeit des Zwanges für den Berechtigten kann der Verbindlichkeit des Verpflichteten keinen anderen Charakter verleihen, und in allen den Fällen, wo jene moralische Möglichkeit für den Berechtigten nicht vorhanden ist, würde ein dann noch angenommenes Recht eine Unsittlichkeit sein, könnte mithin nicht aus der Vernunft hervorgehen. In der Theorie über Rechtsverhältnisse nach Vernunftideen würden daher nur die moralischen Grundsätze über die Ausübung der Rechte (die Lehre von den Pflichten der Gerechtigkeit und Billigkeit) enthalten sein. Ist der gesuchte Unterschied der Pflichten nicht in den Geboten der Vernunft enthalten, so muß er sich nothwendig auf eine äußere Anstalt gründen, welche dadurch, daß sie für die Erfüllung gewisser Pflichten eine Gewährleistung giebt, diesen Pflichten einen besonderen Charakter verleiht. Eine solche äußere Anstalt ist der Staat und die Entstehung des Rechtsbegriffes ist daher nur im Staate oder mit Rücksicht auf die Idee dieses Institutes möglich. Hiernach wird der Umfang, in welchem die Staatsanstalt wirksam werden soll, und das Gebiet der Zwangspflichten keinesweges durch die Vernunft bestimmt[31]). Das positive Recht ist nicht durch Zufall oder durch menschliche Willkür, Ueberlegung und Weisheit entstanden. Denn überall, wo ein Rechtsverhältniß zur Frage und zum Bewußtsein kommt, ist eine Regel für dasselbe längst vorhanden, folglich solche jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich. Das Subject, in welchem und für welches das positive Recht sein Dasein hat, ist das Volk, in dessen allgemeinem Bewußtsein das positive Recht lebt. Der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist erzeugt das positive Recht, welches mithin für das Bewußtsein jedes Einzelnen, nicht zufällig, sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist. Ein urkundlicher Beweis des positiven Rechtes ist bei der unsichtbaren Entstehung desselben von Anfang an nicht möglich, so wenig wie bei jeder anderen Ansicht von dessen Entstehung, da sich bei allen Völkern, welche jemals in die Grenzen urkundlicher Geschichte eingetreten sind, ein positives Recht vorfindet, welches schon früher entstanden sein muß. Dagegen liegt ein Beweis einmal in der allgemeinen gleichförmigen Anerkennung des positiven Rechtes und in dem Gefühle innerer Nothwendigkeit, wovon die Vorstellung desselben begleitet ist, ein Gefühl, welches in der uralten Behauptung des göttlichen Ursprunges des Rechtes oder der Gesetze seinen bestimmtesten Ausdruck findet; und dann liegt ein Beweis in der Analogie anderer Eigenthümlichkeiten der Völker, welche eine ebenso unsichtbare, über die Grenzen der urkundlichen Geschichte hinaufreichende Entstehung haben, z. B. die Sitte, die Sprache. Die Gestalt, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt, offenbart sich durch die symbolischen Handlungen, welche das Wesen der Rechtsverhältnisse bildlich darstellen; sie sind ein besserer und gründ-

31) Falck a. a. O. §. 48—51.

licherer Ausdruck der ursprünglichen Volksrechte, als die Gesetze 32). Diese Ansicht von der Entstehung des positiven Rechtes bezieht sich auf die Jugendzeit eines jeden Volkes. Das in der Zeit fortgehende Leben der Völker wirkt auf das Recht auf mehrfache Weise ein. Erstens befestigt es das Recht, weil, je länger die Rechtsüberzeugungen im Volke leben, desto tiefer sie in ihm wurzeln. Zweitens wird das Recht allmälig durch die Uebung entwickelt. Drittens wird dadurch das Recht verändert. Es können neue Rechtsinstitute entstehen oder auch die vorhandenen umgestaltet werden; es können auch Rechtsinstitute ganz verschwinden, wenn sie dem Sinne und Bedürfnisse der Zeit fremd geworden sind. Die Rechtserzeugung, welche auf der Gemeinschaft des Bewußtseins beruht, wird aber im Laufe der fortschreitenden Entwickelung des Volkslebens immer schwieriger und es treten eigene Organe dafür ein, die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft 33). Die Gewohnheit ist nur ein Kennzeichen des positiven Rechtes, kein Entstehungsgrund desselben. Die Grundlage ist das gemeinsame Bewußtsein des Volkes; dieses erkennt man, indem es sich in äußeren Handlungen offenbart, indem es in Uebung, Sitte und Gewohnheit heraustritt, an der Gleichförmigkeit einer fortgesetzten, also dauernden Handlungsweise erkennt man seine gemeinsame, dem bloßen Zufalle entgegengesetzte Wurzel, den Volksglauben 34). Ein anderer Erkenntnißgrund für das positive Recht eines Volkes ist das Gesetz, dessen Aufstellung zu den Rechten der höchsten Staatsgewalt gehört. Der Gesetzgeber steht nicht außerhalb des Volkes; er steht in dessen Mittelpunkte, so daß er dessen Geist, Gesinnungen und Bedürfnisse in sich concentrirt und er als der wahre Vertreter des Volksgeistes anzusehen ist. Diese Stellung des Gesetzgebers ist von der verschiedenen Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt in dieser oder jener Staatsverfassung unabhängig. Der Einfluß der Gesetzgebung auf das positive Recht zeigt sich vorzüglich in zwei Beziehungen, erstens als ergänzende Nachhilfe für das positive Recht, zweitens als Unterstützung seines allmäligen Fortschreitens 35). Endlich wird das Recht, was ursprünglich Eigenthum des gesammten Volkes ist, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens dergestalt in das Einzelne ausgebildet, daß die im Volke gleichmäßig verbreitete Kenntniß zu dessen Beherrschung nicht mehr genügt. Dann entsteht ein besonderer Stand der Rechtskundigen, welcher, selbst Be-

32) Vgl. über diese Entstehung des positiven Rechtes Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 13—16.

33) Savigny a. a. O. S. 16—18.

34) Savigny a. a. O. S. 35. Es giebt indessen außer den im Volksbewußtsein allgemein anerkannten und unzweifelhaften, Grundlagen des positiven Rechtes, welche an sich ein weniger sicheres Dasein haben; sie können ein solches durch öftere Uebung erlangen, wodurch sie dem Volke selbst zu bestimmterem Bewußtsein gebracht werden. Insoweit ist die Gewohnheit Entstehungsgrund des positiven Rechtes. Ebd. S. 35 flg.

35) Savigny a. a. O. S. 39 flg.

standtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesammtheit vertritt. Das Recht ist im besonderen Bewußtsein dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwickelung des Volksrechtes [36]). Der Juristenstand hat eine zwiefache Wirksamkeit, eine materielle, indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volkes großentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird; und eine formelle, rein wissenschaftliche, indem von ihm das Recht überhaupt, wie es auch entstanden sei, in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtsein gebracht und dargestellt wird. Der Einfluß des Juristenstandes auf die Gesetzgebung zeigt sich auf verschiedene Weise. Er wirkt auf dieselbe ein, theils indem das in ihm ausgebildete Volksrecht ebensowohl als das ursprüngliche, zum Stoffe der Gesetzgebung wird, theils durch die juristische Bildung der Personen, welche auf die Gesetzgebung in verschiedenen Stufen Einfluß haben. Er verarbeitet aber auch die Gesetzgebung und vermittelt ihren Uebergang in das wirkliche Leben. Die besondere Art der Rechtserzeugung durch den Juristenstand ist das wissenschaftliche Recht oder das Juristenrecht [37]).

BB. Geschriebenes und ungeschriebenes Recht (ius scriptum und non scriptum). Diese Ausdrücke haben bei den Römern eine andere Bedeutung, als in welcher sie jetzt genommen werden. Die Römer bezeichnen mit dem Namen ius scriptum alle schriftlich vorhandenen Rechtsquellen, nahmen das Wort also im grammatischen Sinne. In der neueren Kunstsprache wird unter geschriebenem Rechte alles dasjenige genannt, welches öffentlich bekannt gemacht worden ist, im Gegensatze des ungeschriebenen Rechtes, desjenigen, welches auch ohne ausdrückliche Bekanntmachung Geltung hat. Das erstere enthält das durch die Gesetzgebung entstandene Recht, das letztere das Gewohnheitsrecht und das wissenschaftliche Recht.

CC. Gemeines und partikuläres Recht (ius commune und particulare) [38]). Die Rechtserzeugung geschieht durch das Rechtsbewußtsein des Volkes. Die Eigenthümlichkeiten des Volkes führen auch zu besonderem Rechte desselben. Auch das Recht desselben Volkes bleibt nicht immer dasselbe, sondern verändert sich, ohne Zuthun der gesetzgebenden Gewalt, im Verlaufe der geschichtlichen Entwickelung des Volkes. Selbst zu einer bestimmten Zeit ist bei demselben Volke oder in demselben Staate das Recht nicht überall gleichförmig. Diejenigen Rechtsgrundsätze, welche im ganzen Staatsgebiete giltig sind und unter der Voraussetzung der physischen Möglichkeit ihrer Anwendung, allenthalben, wo nicht besondere Normen Geltung erlangt haben, anzuwenden

---

36) Savigny a. a. O. S. 45.

37) Savigny a. a. O. S. 46—49.

38) Falck a. a. O. §. 11—14. Savigny, System Bd. I, §. 8, S. 18—21.

sind, bilden das **gemeine** Recht. Diesem wird das **partikuläre** Recht, welches nur in gewissen Districten des Landes Giltigkeit hat, entgegengesetzt. Beide Begriffe sind relativ, je nachdem ein Land als ein eigener Staat, zugleich aber auch als Theil eines anderen Staates angesehen werden kann. Immer wird aber zum Wesen des gemeinen Rechtes eine wirkliche Staatsverbindung als Grund der allgemeinen Giltigkeit der Rechtsnormen vorausgesetzt. Keinesweges genügt dazu die materielle Uebereinstimmung der Rechtssätze oder der Gebrauch gemeinsamer Rechtsquellen. In Teutschland kann nach der Auflösung des Reiches von einem gemeinen Rechte eigentlich nicht mehr die Rede sein, sondern nur von einem Rechte der einzelnen souveränen Staaten; man hat aber, weil die Form des Rechtes für das Studium der Wissenschaft gleichgiltig ist, für das allgemein in Teutschland wegen Gemeinsamkeit der Rechtsquellen geltende Recht den Namen **des gemeinen Rechtes** beibehalten. Der Unterschied zwischen gemeinem und partikulärem Rechte beruht zunächst auf den geographischen Grenzen des Staates und der einzelnen Landestheile. Denn es gilt im allgemeinen als Grundsatz, daß die Art des Rechtes durch das Territorium bestimmt werde. Auf die Nationalität der einzelnen Personen kommt dabei jetzt nichts mehr an. Anders war es in der älteren Zeit, als die teutschen Stämme in großen Massen unter einander gemischt wohnten und noch nicht Ein Volk bildeten. Der Begriff der Territorialrechte hat den der **persönlichen Rechte**[39]) im Verhältnisse des einen Staates zum anderen fast ganz verdrängt. Die besonderen Rechte einzelner Landestheile sind weniger durch besondere Rechtsverhältnisse oder besondere Bedürfnisse veranlaßt, als entweder dadurch entstanden, daß solche Districte in früherer Zeit auf gewisse Weise selbstständige freie Staaten bildeten und das in dieser Zeit entstandene Recht in der Folge beibehielten; oder sie sind veranlaßt durch das im Mittelalter den Gemeinden und Corporationen zustehende Recht der **Autonomie**.

DD. **Gemeines** und **besonderes** Recht (ius commune und singulare)[40]). Da darüber an einem anderen Orte gehandelt worden ist[41]), so wird darauf verwiesen.

EE. **Einheimisches** und **recipirtes** Recht (ius domesticum und receptum). Das positive Recht, was in einem Staate gilt, ist entweder dort entstanden, oder es werden auch Rechtssätze und Einrichtungen von anderen Völkern entlehnt. Eine solche Entlehnung hat sehr oft und in solcher Allgemeinheit stattgefunden, daß fast in jedem Rechte fremde Bestandtheile nachzuweisen sind. Es kommt bei dem Unterschiede des einheimischen und fremden oder recipirten Rechtes nicht

---

39) **Savigny**, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. I, S. 90 flg.

40) **Savigny**, System Bd. I, §. 16, S. 61—66.

41) Vgl. den Art. **Privilegium**.

blos auf den fremden Ursprung der Rechtssätze an, sondern es wird zugleich vorausgesetzt, daß fremde Rechtssammlungen, ohne Veränderung in ihrer Form, als geltende Gesetze angenommen werden. Dies ist in den meisten Ländern Europa's, namentlich in Teutschland, in Ansehung der römischen und kanonischen Rechtssammlungen und des longobardischen Lehenrechtes geschehen. Die freiwillige Annahme beruht entweder auf der Voraussetzung, daß das fremde Recht sich durch langen Gebrauch als das beste bewährt habe, oder auf der irrigen Ansicht, als ob das Recht eines Volkes für alle Völker und unter allen Zuständen passen und überhaupt allgemein giltig sein könnte. Das angenommene fremde Recht wird entweder unbedingt giltig, oder es dient blos zur Ausfüllung der Lücken des einheimischen Rechtes (Hilfsrecht, ius subsidiarium). Die Nothwendigkeit des Gebrauches eines Hilfsrechtes ist nicht zu vertheidigen. Auch bewirkt die Annahme subsidiarischer Rechtsquellen die Vernachlässigung der Kunde der einheimischen Rechtsgrundsätze und die Hemmung des Rechtes in seiner Ausbildung und Entwickelung, was das teutsche Recht zu seinem größten Nachtheile hat erfahren müssen[42]). Die Reception eines fremden Rechtes kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Erstere geschieht durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, welcher, so wie ein Gesetz, der Bekanntmachung bedarf. Letztere geschieht allmälig dadurch, daß ein fremdes Recht von den Gerichten des Landes zur Anwendung gebracht und dieser Anwendung von Seiten der gesetzgebenden Gewalt kein Hinderniß entgegengesetzt wird. Die Reception des fremden Rechtes in Teutschland ist eine stillschweigende gewesen und beruht auf verschiedenen in der Rechtsgeschichte näher zu entwickelnden Gründen. Die Annahme einer ganzen fremden Rechtssammlung geschieht immer nur dann, wenn das einheimische Recht nicht hinreichend genug ausgebildet ist, um dem Bedürfnisse zu entsprechen. Man kann aber auch dann nicht unbedingt von einer Nothwendigkeit der Reception sprechen. Denn ungeachtet in Teutschland eine solche Reception des fremden Rechtes erfolgt ist, so läßt sich doch nicht behaupten, daß nicht in Teutschland mit der Zeit sich ein nationales allen Bedürfnissen genügendes Recht ausgebildet haben würde. Denn ein nationales Recht war zur Zeit der Reception des fremden Rechtes vorhanden und durch die Institute der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, der Schöffenstühle und andere waren die Bedingungen zu seiner zeitgemäßen Entwickelung und Fortbildung gegeben. Von dem recipirten Rechte unterscheidet man das beibehaltene Recht (ius retentum). Dasselbe ist nicht nothwendig ein fremdes Recht; es ist vielmehr meistens ein einheimisches und setzt voraus, daß das Gebiet, in welchem es gilt, früher einem anderen Staate zugehört hat, als demjenigen, von welchem es jetzt einen Theil bildet.

FF. Staatsrecht (öffentliches Recht) und Privatrech

42) Falck, jurist. Encyclopädie §. 17.

(ius publicum und privatum)[43]). Das gesammte Recht zerfällt in zwei Gebiete, das Staatsrecht und das Privatrecht. Der Gegenstand des ersten ist der Staat, d. h. die organische Erscheinung des Volkes; das zweite hat zum Gegenstande die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, welche den einzelnen Menschen umgeben, damit er in ihnen sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bringe[44]). Wenn es auch an Verwandtschaften beider Rechtsgebiete nicht fehlt[45]), so ist doch zwischen beiden ein fest bestimmter Gegensatz der, daß in dem öffentlichen Rechte das Ganze als Zweck mit Unterordnung des Einzelnen sich darstellt, während in dem Privatrechte der einzelne Mensch für sich Zweck ist und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Dasein oder seine besonderen Zustände bezieht. Zugleich äußert aber der Staat vielfältigen Einfluß auf das Privatrecht. Zunächst zeigt sich dieser Einfluß darin, daß das Privatrecht erst durch den Staat wirkliches Dasein erhält, nämlich durch Aufstellung des Richteramtes. Außerdem wirkt der Staat auf die Rechtserzeugung im Privatrechte, nicht blos auf dessen Inhalt durch die Gesetzgebung, sondern auch auf die Grenzen der Rechtserzeugung, indem die Volksgemeinschaft innerhalb desselben Staates inniger und wirksamer ist, in verschiedenen Staaten hingegen, selbst bei Stammesverwandtschaft, entfernter und auf mehrfache Weise gehemmt ist. Der Hauptzweck des Staates ist die Verwirklichung der Rechtsidee in der sichtbaren Welt. Zur Erreichung dieses Zweckes führt eine doppelte Thätigkeit des Staates. Erstlich gewährt der Staat dem in seinem Rechte verletzten Einzelnen Schutz gegen die Verletzung. Die Regeln, nach welchen dieser Schutz gewährt wird, bilden den Civilproceß. Zweitens hat der Staat das verletzte Recht an sich zu vertreten und wiederherzustellen, ohne Rücksicht auf das Interesse der Einzelnen. Dieses geschieht durch die Strafe, wodurch der Mensch im Rechtsgebiete, das in der höheren Weltordnung waltende Gesetz moralischer Vergeltung nachbildet. Die Regeln für diese Thätigkeit bilden das Criminalrecht, von welchem der Criminalproceß ein Theil ist. Ob Civilproceß, Criminalrecht und Criminalproceß zum Staatsrechte oder Privatrechte gehören, ist bestritten. Bei den Römern gehörten sie zum Staatsrechte. Daß heutzutage Viele sie zum Privatrechte rechnen, beruht hinsichtlich des Criminalrechtes darauf, daß dessen Handhabung oft denselben Gerichten, wie der Schutz des Privatrechtes, zugewiesen war und daher auch die Behandlung beider Gegenstände ähnlicher wurde; hinsichtlich des Civilprocesses darauf, daß hier die Thätigkeit des Staates mit den Rechten der Einzelnen so verwebt ist,

---

43) Savigny, System Bd. I, §. 9, S. 21—28.

44) L. 1. §. 2. D. (1. 1.)

45) So ist die Familie in ihrer dauernden Gliederung, in dem Verhältnisse des Regierens und Gehorsams dem Staate ähnlich; die Gemeinden, welche wahre Bestandtheile des Staates sind, treten nahe an das Verhältniß der Einzelnen heran. Savigny a. a. O. S. 23.

daß sich eine praktische Trennung nicht durchführen läßt. Dennoch ist dies auf das innere Wesen dieser Rechtstheile ohne Einfluß und richtiger werden sie zum Staatsrechte gerechnet. Zweckmäßig wird, um eines Theiles diesem Wesen der Sache, anderen Theiles jenen mehr praktischen Beziehungen, Anerkennung zu verschaffen, neben dem Namen des Staatsrechtes noch der allgemeine Name des öffentlichen Rechtes gebraucht, welcher den Civilproceß und das Criminalrecht mit begreift. — Anders verhält es sich mit dem Kirchenrechte. Die Kirche erscheint allerdings aus rein weltlichem Gesichtspunkte wie jede andere Gesellschaft, und von diesem aus könnte man ihr, gleich anderen Corporationen, theils im Staatsrechte, theils im Privatrechte eine abhängige untergeordnete Stellung anweisen. Allein dies ist wegen der das innere Wesen des Menschen beherrschenden Wichtigkeit der Kirche nicht zulässig. Die Stellung der Kirche und des Kirchenrechtes zum Staate war zu den verschiedenen Zeiten sehr verschieden. Bei den Römern war das ius sacrum ein Theil des ius publicum [46]) und der Staatsgewalt untergeordnet. Das Christenthum als Weltreligion läßt eine solche nationelle Behandlung nicht zu. Im Mittelalter suchte die Kirche die Staaten sich zu unterwerfen. Die verschiedenen christlichen Kirchen lassen sich nur als neben dem Staate, in vielfachen und innigen Beziehungen zu demselben stehend, betrachten. Daher muß das Kirchenrecht als ein selbstständiges, weder dem öffentlichen, noch dem Privatrechte unterzuordnendes Rechtsgebiet behandelt werden [47]).

IV. Theile der Rechtswissenschaft. A. Privatrecht [48]). Das Privatrecht, auch bürgerliches Recht, Civilrecht, ist der Inbegriff derjenigen rechtlichen Grundsätze und Vorschriften, welche die rechtlichen Verhältnisse der Privatpersonen unter einander betreffen. Es besteht nach einer alten dem römischen Rechte entlehnten, den Institutionen des Gajus und Justinian's zum Grunde liegenden, aber auch in der Natur der Sache liegenden Eintheilung aus dem Personenrechte, dem Sachenrechte und dem Obligationenrechte. Eine allgemeine Einleitung dazu ist die Lehre vom status, welche die Frage beantwortet, inwiefern der Staat die in ihm lebenden Menschen für rechtsfähig anerkannt hat, dergestalt, daß sie, die physische Möglichkeit vorausgesetzt, in gewisse Rechtsverhältnisse eintreten und in diesen stehen können. Bei den Römern und im altteutschen Rechte war die Lehre von der Rechtsfähigkeit und Rechtsunfähigkeit von großem Gewicht. Heutzutage ist sie weniger bedeutend, weil es fast keine Gründe zur Ausschließung von Rechtsverhältnissen mehr giebt, als welche auf der physischen Unmöglichkeit, solche einzugehen, beruhen. 1) Das Personenrecht (ius personarum) enthält die Lehre von den verschiedenen durch die Natur

46) L. 1. §. 2. D. (1. 1.)
47) Savigny a. a. O. S. 27, 28.
48) Falck, jurist. Encyclopädie §. 27 flg.

oder die Staatsverbindung gebildeten Klassen von Menschen, welche im Staate existiren, vorzüglich die Lehre von der Familienverbindung, deren gesetzlicher Form und rechtlichen Folgen im Verhältniß der Personen zu einander. In Verbindung mit dem Familienverhältnisse steht die Vormundschaft in der Art, daß sie an die Stelle der Familienverbindung tritt, weil entweder durch zu frühe Auflösung derselben oder dadurch, daß eine Person die Fähigkeit verliert, Haupt einer Familie zu sein, ein besonderer Schutz, den sonst die Familienverbindung gewährt, nothwendig wird. Der Staat erkennt außer den einzelnen Menschen (physischen Personen) als Personen, d. h. als Rechtssubjecte, auch juristische und moralische Personen an, deren Persönlichkeit sich nur darauf gründet, daß ihnen dieselbe vom Staate besonders beigelegt worden ist. Einige derselben haben ein natürliches oder auch nothwendiges Dasein, andere ein künstliches oder willkürliches[49]). Ein natürliches Dasein haben die Hauptbestandtheile des Staates bildenden Gemeinden, nämlich Stadt- und Dorfgemeinden. In Teutschland geht ihr Ursprung in ältere Zeiten zurück, als die einzelnen souveränen Bundesstaaten in ihrer jetzigen Einheit und Begrenzung entstanden sind. Viele der jetzt noch existirenden Stadtgemeinden waren schon zu der Römer Zeiten juristische Personen, was von den an der Donau und am linken Rheinufer bestehenden römischen Colonien gilt. Das juristische Dasein der Stadt- und Dorfgemeinden ist fast nie zweifelhaft; eine willkürliche Gründung ist bei ihnen nur Ausnahme und Nachbildung der ursprünglichen Gemeinden. In Teutschland ist bei den wenigsten Stadt- und Dorfgemeinden eine Verleihung der juristischen Persönlichkeit nachzuweisen, weil sie früher bereits bestanden, ehe von einem teutschen Reiche die Rede war. Auch wenn sie zur Zeit des Bestehens des teutschen Reiches erst entstanden sind, führte die Unbestimmtheit der Grenzen der kaiserlichen und Fürstengewalt dazu, daß für viele noch bestehende Stadt- und Dorfgemeinden eine Verleihung der juristischen Persönlichkeit nicht nachweisbar ist, weil bei dieser Unbestimmtheit es zweifelhaft war, ob von Seiten des Kaisers oder von Seiten des Landesfürsten die Rechte einer juristischen Person zu verleihen seien. Ein künstliches oder willkürliches Dasein haben alle Stiftungen und Gesellschaften, welchen die juristische Persönlichkeit besonders beigelegt worden ist. Sie verdanken lediglich dem willkürlichen Entschluß eines Einzelnen oder Mehrerer ihr Dasein. Hinsichtlich der zu milden Zwecken bestimmten Stiftungen wurde die Beilegung juristischer Persönlichkeit von Seiten der Staatsgewalt in früherer Zeit nicht besonders erfordert, weil die christliche Kirche selbst als juristische Person anerkannt war und die Stiftungen ad pias causas schon deshalb, weil sie zu Zwecken bestimmt waren, welche die Kirche zu ihrer Aufgabe gemacht hatte, vermöge der der Kirche verliehenen juristischen Persön-

49) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. II, §. 86, S. 242 flg.

lichkeit dieselbe Persönlichkeit als kirchliche Anstalten hatten[50]). In der neueren Zeit ist man davon abgegangen und hat besondere Verleihung der juristischen Persönlichkeit von Seiten der Staatsgewalt erfordert, weil eines Theiles die milden Zwecke nicht blos als in den Bereich der Kirche gehörig betrachtet werden, anderen Theiles den Umfang dessen, was ad piam causam gehört, heutzutage viel größer ist, als in der älteren Zeit. Die Lehre von den juristischen Personen gehört keineswegs in das Privatrecht, sondern in das öffentliche Recht. 2) Das Sachenrecht (ius rerum) hat diejenigen Rechtsverhältnisse zum Gegenstande, welche sich auf Objecte der äußeren Natur beziehen. Die Hauptfrage ist, inwiefern einzelne Personen (physische oder juristische) über einzelne in der Sinnenwelt erkennbare Gegenstände eine dauernde Herrschaft ausüben dürfen und auf welche Weise diese erworben werde, daher man auch das Sachenrecht als die Lehre vom Eigenthum und dessen Erwerbung erklären kann. Von diesem Gesichtspunkte aus wird das Sachenrecht bei den Römern betrachtet. In dem den Institutionen des Gajus und Justinian's zum Grunde liegenden Systeme wird der Erwerb des Eigenthums hauptsächlich in das Auge gefaßt und zwischen acquisitiones dominii rerum singularum und acquisitiones dominii per universitatem, je nachdem einzelne Sachen oder ein ganzes Vermögen mit activer und passiver Repräsentation des früheren Inhabers dieses Vermögens Gegenstand des Erwerbes ist, unterschieden. Unter die acquisitiones dominii per universitatem fällt auch das Erbrecht. Die Verfolgbarkeit durch dingliche Klage ist in diesem Systeme nicht entscheidend. Denn das Pfandrecht wird zwar durch dingliche Klage verfolgt; es hat aber doch keinen selbstständigen Platz in jenem Systeme erhalten, sondern wird in Justinian's Institutionen nur beiläufig im Titel quibus alienare licet vel non (II. 8.) und im Titel quibus modis re contrahitur obligatio (III. 15.) erwähnt, wovon der Grund darin liegen mag, daß das Pfandrecht in seinem Endresultete auf Aufhebung des Eigenthums durch Veräußerung hinausgeht. Die Stellung mancher mit dem Sachenrecht häufig verbundenen Lehren heutzutage ist zweifelhaft. Es gehört dahin die Lehre vom Besitze und vom Erbrechte. Im römischen Rechte wird der Besitz nur hinsichtlich seiner zwei Hauptwirkungen, nämlich der Usucapion und der possessorischen Interdicte in das Auge gefaßt. Daraus erklärt sich die Stellung der Digesten de acquirenda vel amittenda possessione (XLI. 2.) zwischen dem Titel de acquirendo rerum dominio (XLI. 1.) und dem Titel de usurpationibus et usucapionibus (XLI. 3.), sowie die Stellung der possessorischen Interdicte im 43. Buche der Digesten. Nach der ersten Wirkung gehört der Besitz in die Lehre vom Eigenthum und dessen Erwerbe, mithin in das Sachenrecht, nach der anderen in das Obligationenrecht. Das Erbrecht hängt am gewöhn-

---

50) Heimbach sen., in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F, Bd. V, S. 87 flg.

lichsten, und ursprünglich immer, mit dem Familienrechte zusammen. Selbst wenn die Familienverbindung nicht mehr den alleinigen Grund des Erbrechtes abgiebt, könnte dasselbe doch insofern mit dem Familienrechte verbunden werden, als dessen Gegenstand eine der wichtigsten Folgen der Auflösung des Familienbandes durch den Tod ist. Daher wird das Erbrecht nicht ohne Grund bisweilen dem Personen- und Sachenrechte coordinirt. Auch hat der Umstand, daß die Erbschaft die Gesammtheit des Vermögens eines Verstorbenen umfaßt, dazu aber sowohl dingliche Rechte als Forderungsrechte gehören, dazu geführt, daß in manchen Systemen des Privatrechtes dem Erbrechte eine selbstständige Stellung neben der Lehre von den dinglichen Rechten und neben dem Obligationenrechte angewiesen worden ist. 3) Außer den bisher erwähnten, ihrer Bestimmung nach bleibenden, Rechtsverhältnissen, kommen im Staate viele blos vorübergehende Verbindungen der Personen vor, entweder in Ansehung gewisser Handlungen, welche die eine der anderen leisten soll, oder in Bezug auf den zu gestattenden Gebrauch von Sachen. Sie bilden den Gegenstand des Obligationenrechtes, Rechtes der Forderungen (ius obligationum)[51]. — Man kann ein allgemeines und besonderes oder specielles Privatrecht (ius privatum generale und speciale) unterscheiden. Diejenigen privatrechtlichen Bestimmungen, welche alle Unterthanen gemeinschaftlich betreffen, bilden das allgemeine; diejenigen, welche nur bei gewissen Klassen von Personen oder Rechtsverhältnissen zur Anwendung kommen, das besondere Privatrecht. Man muß aber in der Absonderung solcher besonderer Privatrechte nicht zu weit gehen; denn es giebt dafür keine Grenze, weil jede Masse von Grundsätzen, welche ein Ganzes ausmachen, auch besonders wissenschaftlich dargestellt werden und einen eigenen Rechtstheil bilden kann.

B. Oeffentliches Recht. Das öffentliche Recht begreift das Staatsverfassungsrecht und das Staatsverwaltungsrecht in sich. 1) Das Staatsverfassungsrecht, Staatsrecht im engeren Sinne ist der Inbegriff der Bestimmungen über die Form des Staates rücksichtlich seiner Beherrschung und Regierung. Es werden darin die Fragen beantwortet, wem die höchste Gewalt im Staate zustehe, an welche Gesetze deren Ausübung gebunden sei, und bei einigen Staaten endlich, durch welche Einrichtung die Befolgung dieser Gesetze gesichert sei. Die Verfassung eines Staates kann sehr mannigfaltig sein. Es kann aber nur bei einer aristokratischen oder monarchischen Verfassung von einem die Staatsgewalt beschränkenden Gesetze, mithin auch von den Einrichtungen die Rede sein, durch welche für Aufrechterhaltung jenes Gesetzes gesorgt wird. Das Staatsrecht im engeren Sinne läßt sich als Theorie vom Staate überhaupt abhandeln,

---

51) Ueber den Begriff und die Verschiedenheit der Obligationen vgl. den Artikel Obligatio.

ohne Rücksicht auf einen bestimmten Staat, und heißt dann allgemeines Staatsrecht; es kann aber auch einen bestimmten Staat und dessen Verfassung zum Gegenstande haben, und heißt dann besonderes Staatsrecht. In dem ersteren überwiegt die rationelle, im letzteren die historische Behandlungsweise. 2) Das Staatsverwaltungsrecht, Regierungsrecht, Staatspolizeirecht im weiteren Sinne (ius politiae sensu lato) ist der Inbegriff der Bestimmungen über die Handlungen des Staates zur Erreichung des Staatszweckes. Es giebt nämlich für die Ausübung der einzelnen Hoheitsrechte in jedem Staate mannigfache Veranstaltungen und öffentliche Einrichtungen, sowie Vorschriften über die Art und Weise, wie die zur Ausübung der Hoheitsrechte angestellten Beamten verfahren sollen. Die hierauf bezüglichen Anordnungen bilden das Staatsverwaltungs- oder Regierungsrecht. Da bei allen einzelnen Verwaltungszweigen zahlreiche Vorschriften vorkommen, welche nicht blos die verwaltenden Behörden angehen, sondern auch die übrigen Unterthanen verpflichten, so kann eine Grenzlinie hier nicht leicht gezogen werden. Das Staatsverwaltungsrecht betrifft insbesondre a) die Mittel zur Erhaltung des Staates in seiner Selbstständigkeit und zu Treffung und Erhaltung der für den Staatszweck nöthigen Anstalten; b) die Anstalten zur Beseitigung der dem Staatszwecke entgegentretenden Hindernisse und zu Beförderung des allgemeinen Wohlseins. Auf die ersteren beziehen sich das Finanzrecht und das Militärrecht, auf die letzteren das Criminalrecht und das Polizeirecht. Ueber die Stellung des Civilprocesses ist Streit. Einige rechnen ihn zum Privatrechte im weiteren Sinne, weil er zunächst das Beste der Individuen zum Zwecke und Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande hat. Andere rechnen ihn zum öffentlichen Rechte. Die letztere Ansicht ist schon oben gebilligt worden. Denn unzweifelhaft gehört die in den Civilproceß regelmäßig aufgenommene Lehre von den neben einander bestehenden Gerichten nach den verschiedenen Ordnungen (Instanzen) und nach ihrem Geschäftskreise (die Lehre von der Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsstande) in das öffentliche Recht. Aber nicht blos die Lehre von den Behörden, welche im Staate zur Handhabung eines wesentlichen Hoheitsrechtes, der richterlichen Gewalt, niedergesetzt sind, sondern auch die Lehre von den Mitteln und Anstalten, welche zur Erreichung des wesentlichen Zweckes des Staates, zur Aufrechthaltung eines rechtlichen Zustandes, zum Schutze gegen Verletzungen der Privatrechte dienen, müssen als zum öffentlichen Rechte gehörig angesehen werden, mithin auch die Vorschriften über die Art und Weise des gerichtlichen Verfahrens in Streitigkeiten der Privatpersonen, da dasselbe die Bedingungen und Voraussetzungen enthält, unter welchen der Staat Rechtsschutz gewährt. Das Staatsverwaltungsrecht enthält demnach folgende Theile: a) das Finanzrecht, die Grundsätze über das Staatsvermögen, seine Erhebung, Verwaltung und Verwendung. Da nämlich die Wirksamkeit

der Staatsgewalt ohne Verfügung über menschliche Kräfte und Sachen nicht möglich ist, so verlangt die Erhaltung des Staates die Aufbringung der zur Erreichung des Staatszweckes erforderlichen Mittel, welche theils in persönlicher Dienstleistung der Unterthanen, theils in Ueberlassung des Gebrauches von Sachen, theils endlich in Abtretung von Eigenthumsgegenständen, Geld oder Naturalien, zur Bestreitung der öffentlichen Ausgaben an den Staat bestehen. Früher wurde in den einzelnen teutschen Ländern der Staatsaufwand aus den Domänen und aus den Einkünften mancher Hoheitsrechte bestritten und Besteuerung trat nur zur Aushilfe ein. Allein schon längst reichten die Einkünfte der Domänen nicht mehr hin und die Besteuerung wurde, statt daß sie früher nur Ausnahme war, zur Regel. Der Theil des Finanzrechtes, welcher die Bestimmungen über die Forderung der Abgaben betrifft, heißt Besteuerungsrecht. Das Finanzrecht nennt man auch das Cameralrecht (ius camerale), weil sonst die oberste Behörde, welche für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung der Staatseinkünfte zu sorgen hatte, Kammer hieß, indem die Staatseinkünfte hauptsächlich aus den Domänen gezogen wurden. Auch kommt die Benennung Cameralrecht noch insbesondre in Bezug auf die Einkünfte aus Domänen und Regalien vor. b) Das Militärrecht (ius militare) begreift die rechtlichen Bestimmungen über und für die bewaffnete Macht im Staate. Die Bestimmungen über das Recht und die rechtliche Art Krieg zu führen, sind darunter nicht begriffen. Diese machen das sog. Kriegsrecht aus, was einen Theil des Völkerrechtes bildet. c) Das Strafrecht im weiteren Sinne ist die Wissenschaft von den Rechten zur Sicherung gegen Rechtsverletzungen durch Strafe; im engeren Sinne, wo es auch Criminalrecht, peinliches Recht (ius criminale) genannt und dem Sicherungspolizeirechte entgegengesetzt wird, ist es die Wissenschaft von dem Rechte zu Sicherung gegen Verletzungen der dem Menschen zur Erhaltung seines Daseins nothwendigen Rechte durch Strafe. Da es dem Staate nicht möglich ist, überall für die Befolgung der Gesetze durch Anwendung öffentlichen Zwanges, der entweder geradezu auf Erfüllung des Gesetzes oder auf Ersatz des durch die Nichterfüllung gestifteten Schadens gerichtet ist, zu sorgen, so muß, zur Aufrechterhaltung jeder Rechtsregel wenigstens in der Idee, statt der wirklichen Beobachtung des Gesetzes eine andere Folge eintreten, wodurch das Gesetz in Fällen, wo die Uebertretung nicht verhindert worden, auch die vollständige Entschädigung nicht möglich ist, den Charakter einer wirksamen Rechtsregel erhält, weil jede Rechtsregel, deren Nichtbefolgung ohne Folgen bliebe, ihrem Begriffe nach völlig aufgehoben sein würde. Diese dem Gesetze beizulegende Folge kann, mit Ausnahme seltener Fälle, in welchen Belohnungen für die Erfüllung denkbar sind, nur in einem willkürlich gewählten Uebel bestehen, welches dem Uebertreter der Gesetze zugefügt wird. Dieses Uebel heißt Strafe. Das Criminalrecht hat die Aufgabe, die Fälle auseinanderzusetzen, in welchen nach dem

11*

Wesen der Rechtsordnung und nach den positiven Gesetzen, welche auch in solchen Fällen, wo Schadenersatz zureichend sein würde, eine Strafe androhen können, an die Uebertretung der Rechtsnormen Strafen geknüpft sind. Zu dem Gesichtspunkte der Nothwendigkeit einer von Seiten des Staates auf Rechtsverletzungen festzusetzenden und zuzufügenden Strafe hat man sich bei manchen Völkern erst spät erheben können. Bei manchen Völkern und so namentlich bei den alten Teutschen war die Verfolgung von Rechtsverletzungen, selbst solcher, wodurch das Dasein der einzelnen Individuen aufgehoben oder gefährdet wurde, zunächst Sache des Verletzten oder seiner Genossenschaft, hauptsächlich der Familie, und der Weg der Verfolgung war die Selbsthilfe. Eine Dazwischenkunft der Staatsgewalt fand nur insoweit bei den alten Teutschen statt, als durch die Volksrechte gewisse Bußen bestimmt waren, gegen deren Erlegung der Urheber der Verletzung sich von der Privatrache loskaufen konnte, für deren Erlegung derselbe und die Genossenschaft, deren Mitglied er war, haftete. Es hat in Teutschland lange gedauert, ehe man sich zu der Idee der Nothwendigkeit einer von der Staatsgewalt auf Rechtsverletzungen zu drohenden Strafe erheben konnte. Zuerst in den Städten, wo eine Staatsordnung im heutigen Sinne zeitiger begründet wurde, finden sich die ersten Spuren crimineller Strafandrohungen. Nur hinsichtlich gewisser gemeingefährlicher Rechtsverletzungen kommen dergleichen Strafandrohungen auch in den Rechtsbüchern des Mittelalters vor. Sie waren aber unter dem Adel meistens illusorisch, weil das bestehende Faustrecht alles von dem Rechte des Stärkeren abhängig machte. Erst nachdem durch den ewigen Landfrieden und die Stiftung des Reichskammergerichtes im J. 1495 eine feste bürgerliche Ordnung in ganz Teutschland begründet worden war, konnte von Seiten der Reichsgewalt an eine förmliche Criminalgesetzgebung gedacht werden, und wirklich datirt sich das einzige allgemeine teutsche Criminalgesetzbuch, die Peinliche Gerichtsordnung Karl V. von 1532 erst seit dieser Zeit. Der Kreis der in das Gebiet des Criminalrechtes fallenden Gesetzübertretungen ist aber nicht scharf begrenzt. Es werden im gemeinen Criminalrechte manche mit Strafe bedrohte Handlungen aufgeführt, welche an sich keine Verletzung weder eines ursprünglichen noch eines erworbenen Rechtes der Menschen enthalten, sondern vielmehr den Charakter einer polizeilichen Uebertretung an sich tragen. Philosophisch kann man das Criminalrecht dadurch begrenzen, daß man es, wie oben geschehen, auf die Verletzungen der dem Menschen zu seiner Existenz nothwendigen Rechte und deren Sicherung durch Strafe beschränkt; allein das positive Criminalrecht, sowohl das gemeine teutsche, als das in den neuen Criminalgesetzbüchern enthaltene, geht über diese Grenze hinaus. Das Criminalrecht zerfällt in einen allgemeinen und besonderen Theil. Der allgemeine Theil handelt von dem Rechte zu strafen überhaupt oder der Begründung des Strafrechtes, von den strafbaren Handlungen überhaupt, deren Thatbestände, Ein-

theilungen und dem Verhältnisse der strafbaren Handlungen zu einander oder der Größe derselben, von den Strafen überhaupt, namentlich von deren Begriff und Zweck und Anwendung, den Strafübeln und deren Eintheilungen, vom Verhältnisse der Strafübel gegeneinander, endlich von der Beziehung der strafbaren Handlung unter das Strafgesetz oder von der Bestrafung, namentlich von der Zurechnung der strafbaren Handlung überhaupt, und dann von der Zurechnung insbesondre in Rücksicht des dolus und der culpa, des Versuches der Concurrenz mehrerer strafbarer Handlungen, des Urhebers, der Theilnahme und der Begünstigung, der Gründe, welche die Zurechnung erhöhen oder mindern. Der allgemeinere Theil des Criminalrechtes ist erst in neueren Zeiten ausgebildet worden. Der besondere Theil hat die Charakterisirung der einzelnen verbrecherischen Handlungen und die darüber in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, namentlich die angedrohten Strafen, zum Gegenstand. Alle criminalistischen Grundsätze beruhen entweder auf positiven Gesetzen oder sind unabhängig davon erkennbar. Hierauf bezieht sich die Eintheilung in das allgemeine (philosophische) und besondere (positive) Criminalrecht. Beide Arten von Grundsätzen kommen sowohl in den allgemeinen Lehren, als bei der Darstellung der einzelnen Verbrechen vor; doch sind die positiven Vorschriften im besonderen Theile viel zahlreicher, als im allgemeinen. Zum Criminalrechte wird auch die Lehre vom gerichtlichen Verfahren in Strafsachen, der Criminalproceß, gerechnet. Die Stellung des Criminalrechtes im Rechtssysteme ist bestritten. Dafür, daß das Criminalrecht einen Theil des Privatrechtes bilde, wird angeführt, daß die Strafgesetze, welche freilich ebensowohl die Rechte des Staates, als die der Privatpersonen zu schützen bestimmt sind, immer nur auf Privatpersonen angewendet werden [52]). Allein mit mehrerem Rechte wird das Criminalrecht als Theil des öffentlichen Rechtes betrachtet. Abgesehen davon, daß schon bei den Römern Criminalsachen Gegenstand der publica iudicia waren, so handelt es sich dabei, noch vielmehr als im Criminalprocesse, um Ausübung eines wesentlichen Hoheitsrechtes, der richterlichen Gewalt; das Interesse der Privaten kommt hier nur nebenbei in Betracht und der Hauptzweck ist, daß dem Staate dadurch Genugthuung werde, daß die Uebertretung des Strafgesetzes durch Strafe gesühnt werde; darum war auch im gemeinrechtlichen Untersuchungsprocesse die Verfolgung und Bestrafung der Verbrecher beinahe ausschließlich Sache des Staates und selbst in den neueren Strafproceßordnungen, welche das Anklageverfahren wieder einführen, erscheint der Staat als der hauptsächlich interessirte Theil, indem in seinem Namen der Staatsanwalt die Uebertretungen der Strafgesetze verfolgt. Es kommen allerdings in den neuen Strafgesetzbüchern auch mit Strafe bedrohte Handlungen vor, welche nur auf Antrag eines dadurch Verletzten verfolgt werden. Allein

52) Falck, jurist. Encyklopädie §. 37.

dies sind immer nur Ausnahmen. d) Das Polizeirecht im engeren Sinne (ius politiae s. angustiori) ist der Inbegriff der rechtlichen Grundsätze über die zum Wohlbefinden der Staatsbürger nöthigen Anstalten und Einrichtungen. Allerdings wird der Begriff der Polizei und des Polizeirechtes sehr verschieden bestimmt. Einige finden ihren eigenthümlichen Charakter in der directen Thätigkeit für die Erreichung der Staatszwecke in ihrem ganzen Umfange; Andere sehen als Gegenstand der Polizei Beförderung der gemeinsamen Zwecke, sofern sie nicht ebensogut durch Privatkräfte erreicht werden können, an. Von noch Anderen wird unter Polizei diejenige Wirksamkeit des Staates verstanden, bei welcher nach Gesetzen des physischen Causalzusammenhanges verfahren wird. Durch diese und ähnliche Bestimmungen würde der Begriff der Polizei, wie diese in der Erfahrung angetroffen wird, bald zu weit, bald zu eng sein. In der älteren Zeit wurde Polizei mit Staatsverwaltung in ihrem Umfange gleichbedeutend genommen[53]), daher sich auch erklärt, daß das Staatsverwaltungsrecht Polizeirecht im weiteren Sinne genannt wird. Der jetzt übliche Sprachgebrauch nimmt den Begriff Polizei in einem engeren Sinne. Da aber darüber und über das, was unter die Polizeigewalt des Staates falle, bereits anderwärts hinreichend gehandelt worden ist[54]), so begnügt man sich darauf zu verweisen. Ueber die Stellung des Polizeirechtes im Rechtssysteme herrscht dieselbe Differenz der Ansichten, wie bei dem Criminalrechte. Aehnliche Gründe, wie bei diesem, entscheiden auch für die Ansicht, welche das Polizeirecht als Theil des öffentlichen Rechtes betrachtet. Von dem Polizeirechte ist die Rechtswissenschaft zu unterscheiden, welche die durch Erfahrung bewährten Grundsätze über die zweckmäßige Sorge für das öffentliche Wohl in den dem Wirkungskreise der Polizei anheimfallenden Beziehungen darzustellen hat. e) Der Civilproceß ist der Inbegriff der rechtlichen Grundsätze über die Verhandlung und Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten und über die Vollziehung der Entscheidung. Es kommt zuvörderst in ihm eine eigentlich dem Staatsrechte angehörige Lehre vor, nämlich von den Gerichten und den Instanzen, und von der Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsstande. Ein zweiter Gegenstand der Proceßtheorie ist die Form und Folge der gerichtlichen Handlungen, wohin auch die Lehre vom Beweise gehört, obwohl bei dem Beweise nicht sowohl juristische als logische Grundsätze anwendbar sind. Nicht in den Proceß gehört die Lehre von Klagen und Einreden, eine

---

53) Z. B. in der Augsburgischen Confession Art. 16: „von Polizei und weltlichem Regiment". Dieser weitere Begriff liegt auch den Reichspolizeiordnungen mit zum Grunde und auch Partikulargesetze des 16. u. 17. Jahrh. nehmen Polizei noch in diesem weiteren Sinne, z. B. die Polizei- und Landesordnungen der sächsischen Fürsten ernestinischer Linie.

54) Vgl. den Art. Polizeirecht und Polizeivergehen von Funke und dessen Schrift: Das Wesen der Polizei, zu näherer Feststellung ihres Begriffes und des Grundes ihrer Wirksamkeit, Leipzig 1844.

wissenschaftliche Zusammenstellung der in anderen Rechtstheilen zerstreuten Grundsätze über die Wirkungen der Rechtsverhältnisse mit besonderer Rücksicht auf die gerichtliche Verfolgung der daraus erwachsenden Ansprüche. Diese Lehre gehört vielmehr zum Civilrechte. Ueber die Stellung des Civilprocesses im Rechtssysteme ist bereits oben das Nöthige bemerkt worden [55]).

C. Kirchenrecht. Das Kirchenrecht (ius ecclesiasticum, canonicum) im objectiven Sinne ist der Inbegriff der rechtlichen Grundsätze über die Rechte und Pflichten der kirchlichen Gesellschaften im Staate und die in Bezug auf die Religion in demselben Staate stattfindenden Rechtsverhältnisse; im subjectiven Sinne der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten der Kirche und ihrer Glieder als solcher. Ueber die Stellung des Kirchenrechtes im Rechtssysteme ist bereits oben das Nöthige bemerkt worden. Kirche ist eine Gesellschaft, deren Glieder sich durch Uebereinstimmung ihres Glaubens zur gemeinschaftlichen Ausübung der durch diesen Glauben bestimmten religiösen Handlungen vereinigt haben. Die Zusammenstellung der von einer Kirche als wesentlich anerkannten Lehren heißt ihr Symbol, der Inbegriff ihrer kirchlichen Gebräuche Liturgie. Beide gehören zusammen und bilden das Wesen jeder kirchlichen Gesellschaft. Eintheilungen des Kirchenrechtes sind: 1) allgemeines, natürliches (i. e. naturale) und positives (i. e. positivum). Ersteres bestimmt die Rechte und Pflichten der Kirche aus dem Begriffe und der Natur derselben; letzteres leitet solche aus bestimmten Vorschriften der positiven Gesetze ab. Im allgemeinen Kirchenrechte wird Begriff, Wesen und Zweck der Kirche festgesetzt und dann im Zusammenhalte mit anderen allgemeinen Grundsätzen bestimmt, welche Rechte und Pflichten überhaupt jeder Kirche, ohne Rücksicht auf ein Individuum, zukommen. Die Existenz eines allgemeinen Kirchenrechtes ist ebensowenig in Abrede zu stellen, als die des allgemeinen Staatsrechtes. 2) Das positive Kirchenrecht ist entweder gemeines (i. e. generale) oder besonderes (i. e. particulare), je nachdem es für einen ganzen Inbegriff von Kirchen, oder nur für einzelne oder eine geringere Zahl von Kirchen verbindlich ist. Beides sind relative Begriffe, welche nach dem zu bestimmen sind, was man als Ganzes und was man als Theil betrachtet. In Bezug auf das allgemeine in Teutschland übliche Kirchenrecht, sind zwei hauptsächliche partikuläre Kirchenrechte zu unterscheiden, das katholische und das protestantische Kirchenrecht. Bei jedem dieser Kirchenrechte läßt sich aber wieder ein gemeines und besonderes unterscheiden, je nachdem dasselbe auf in ganz Teutschland oder nur in einem gewissen Theile desselben, namentlich einem bestimmten Staate, giltigen positiven Normen beruht. 3) Je nachdem man das Verhältniß der kirchlichen Gesellschaft zu ihren Gliedern als solchen, und dieser Glieder unter sich

55) Vgl. übrigens den Artikel Proceß.

oder das Verhältniß der kirchlichen Gesellschaft zum Staate und der höchsten Staatsgewalt betrachtet, unterscheidet man Privatkirchenrecht (i. e. privatum) und Kirchenstaatsrecht (i. e. publicum). Ersteres ist der Inbegriff der Rechte und Pflichten der Kirche im Verhältnisse zu ihren Gliedern, und dieser Glieder unter sich; letzteres der Inbegriff der Rechte und Pflichten der Kirche im Verhältnisse zum Staate. Man hat auch wohl ein inneres und äußeres Kirchenstaatsrecht unterschieden und dem ersteren die Lehre von der Kirchengewalt und der Unterordnung der Mitglieder der Kirche darunter zugewiesen, im letzteren das Verhältniß der Kirche zum Staate betrachtet; allein mit Recht haben Andere sich gegen die Annahme eines inneren Kirchenstaatsrechtes erklärt, weil nicht zugegeben werden kann, daß die Kirche einen Staat im Staate bilde. Es kann demnach nur ein (äußeres) Kirchenstaatsrecht geben, welches das Verhältniß der Kirche zum Staate begreift. Die Kirche läßt sich auch im Verhältnisse zu anderen Kirchen betrachten. Letzteres kann theils zum Staats-, theils zum Privatkirchenrechte gerechnet werden, je nachdem die gesetzlichen Bestimmungen darüber zugleich einen Theil der Staatsverfassung bilden oder nicht, da im letzten Falle mehrere Kirchen unter sich auch nur als mehrere Privatpersonen zu betrachten sind. Andere Eintheilungen des Kirchenrechtes, wie in göttliches und menschliches, einheimisches und fremdes, ausdrückliches und herkömmliches, sind von selbst verständlich und können als minder wichtig hier übergangen werden. Mit den Rechtsgrundsätzen, welche sich auf das Verhältniß der Kirche zu ihren Gliedern, und der Glieder unter sich, sowie auf das Verhältniß der Kirche zum Staate beziehen, würde im allgemeinen der Umfang des Kirchenrechtes geschlossen sein. Nach der bestehenden Form der kirchlichen Verhältnisse wird aber noch manches andere in den Kreis des Kirchenrechtes gezogen. Hierher gehört die Lehre von dem Kirchenvermögen, welches theilweise nach anderen Grundsätzen beurtheilt wird, als das Eigenthum anderer Unterthanen. Dann sind manche öffentliche Anstalten, wie Schulen und Armenpflege, kirchlichen Ursprunges. Einige Rechtsgeschäfte, wie der Eid und die Eingehung der Ehe, sind mit kirchlichen Handlungen in Verbindung gesetzt worden und deshalb gehört wenigstens die kirchliche Form dieser Handlungen in das Kirchenrecht, die rechtlichen Wirkungen werden zweckmäßiger in anderen Rechtstheilen abgehandelt. Auch die Rechtsnormen über die Verhältnisse verschiedener Kirchen zu einander gehören hierher, wenn, wie in Teutschland, verschiedene Religionsparteien neben einander bestehen [56].

D. Völkerrecht (ius gentium) ist der Inbegriff der Grundsätze über das rechtliche Verhältniß ganzer Staaten gegeneinander. In Ansehung der äußeren Verhältnisse eines Staates zu anderen Staaten ging man gewöhnlich davon aus, daß unter ihnen, wie zwischen Privat-

56) Falck, Encyklopädie §. 33.

personen, Rechtsverhältnisse beständen, welche sich aus der Vernunft, ohne eine positive Gesetzgebung, ergäben, oder auch durch Gewohnheiten und besondere Verträge entstanden wären. Den Inbegriff dieser für die Staaten in ihren gegenseitigen Verhältnissen verbindlichen Normen nannte man das Völkerrecht und unterschied neben demselben auch wohl noch ein äußeres Regierungsrecht als Inbegriff der Normen für Ausübung der äußeren Hoheitsrechte, wozu man besonders die Vorschriften für die in den auswärtigen Angelegenheiten thätigen Beamten und das Kriegsrecht rechnete. Das Völkerrecht wurde nach der Verschiedenheit des Ursprunges der dahin gehörigen Normen in ein allgemeines und besonderes (positives) eingetheilt[57]. Das Völkerrecht ist freilich von jeher mehr eine bloße Theorie, worin namentlich die schwächeren Staaten einen Schutz gegen die größeren fanden, als in der Praxis anerkannt gewesen. In älteren und neueren Zeiten hat man sich über angeblich völkerrechtliche Grundsätze auf den Grund des damit nicht übereinstimmenden Interesse der Staaten hinweggesetzt und nach den Erfahrungen der alten und neuen Geschichte hat physische Uebermacht und selbstsüchtige Politik sich an die allgemein anerkannten Grundsätze ebensowenig, als an ausdrückliche Staatenverträge gekehrt, und solche theils geradezu, theils unter Scheingründen bei Seite gesetzt. Der Wunsch der Entfernung roher Gewalt aus den Verhältnissen gebildeter Völker bleibt immer ein frommer Wunsch; denn die Aufstellung eines äußeren Gesetzes genügt dazu nicht und selbst die Verwirklichung des Gedankens eines europäischen Areopags, mit welchem sich große Fürsten getragen haben, würde dazu nicht ausreichen, weil im Endresultate immer die physische Gewalt entscheidend sein müßte. Die ältere Ansicht vom Völkerrechte hängt damit zusammen, daß man ein Naturrecht annahm, welches ohne Rücksicht auf die Staatsverbindung allgemeine Verbindlichkeit habe. Da aber alles Recht nur erst durch eine Staatsverbindung entstehen kann, so kann den in den Verhältnissen der Staaten zu einander angenommenen Grundsätzen kein juristischer Charakter beigelegt und das Völkerrecht nicht als Theil der Rechtswissenschaft genannt werden. Allein aus einem anderen Gesichtspunkte läßt sich das Dasein eines Völkerrechtes annehmen, und das Völkerrecht in das Rechtssystem einrangiren. Jeder Staat befolgt nämlich gewisse völkerrechtliche Grundsätze, sowie diese zur Zeit entwickelt und angenommen sind, als Regel ausdrücklich oder stillschweigend und verlangt deren Anerkennung und Befolgung von anderen Staaten gegen sich. Es gehört demnach das Völkerrecht als ein wesentlicher Theil zu dem Rechte eines jeden Staates. Schon in der alten Welt wurden dergleichen völkerrechtliche Grundsätze aufgestellt, namentlich von den Römern (ius feciale der Römer, Grundsätze derselben über postliminium u. s. w.) und deren Beobachtung verlangt. In der neueren Zeit haben besonders die

---

57) Falck a. a. O. §. 45.

europäischen Staaten gegeneinander gewisse Grundsätze über die Verhältnisse zueinander angenommen, deren Inbegriff das allgemeine positive Völkerrecht bildet, welches, weil sich die völkerrechtlichen Verbindungen früher größtentheils auf Europa beschränkten, das europäische Völkerrecht genannt wird[58]); eine Benennung, welche aber je länger, je mehr unpassend wird, da viele ehemalige europäische Colonien selbstständige Staaten geworden sind und dieselben völkerrechtlichen Grundsätze angenommen haben, auch nichtchristliche Mächte, welche mit europäischen Staaten in Verbindung getreten sind, denselben Grundsätzen sich angeschlossen haben[59]). Von dem allgemeinen positiven Völkerrechte unterscheidet man das besondere positive Völkerrecht der einzelnen Staaten. Dieses gründet sich auf Verträge des einzelnen Staates mit anderen Staaten und wird gewöhnlich als Theil des positiven Staatsrechtes oder als äußeres Staatsrecht abgehandelt. Der diesem Theile der Wissenschaft beigelegte Name des äußeren Völkerrechtes ist unpassend, ebenso wie der mit Rücksicht auf die im teutschen Reichsverbande stehenden Staaten davon gemachte Unterschied des inneren Völkerrechtes, weil durch die Verbindung mehrerer Staaten durch eine öffentliche Macht zu einer Einheit schon allein, ohne Rücksicht auf den Grad der Wirksamkeit dieser Verbindung, die unter solchen Staaten bestehenden Rechtsverhältnisse ihren völkerrechtlichen Charakter verlieren[60]).

V. Quellen der Rechtswissenschaft. A. Ueberhaupt. Von Philosophen und Rechtsgelehrten ist außer dem positiven Rechte auch noch ein Naturrecht angenommen und behauptet worden, daß die menschliche Vernunft, unabhängig von der Erfahrung, ein System von Rechtsnormen aufzustellen vermöge. Hiernächst ist lange Zeit unter den christlichen Völkern die Idee herrschend gewesen und erst in neuerer Zeit aufgegeben worden, daß auch göttliche Offenbarung Quelle von Vorschriften sein könne, welche unter den Völkern, welche eine solche Offenbarung anerkennen, den Charakter des Rechtes haben müssen. Diese Ansicht hat nicht minder, sowie die vom Naturrechte, auf die Entwickelung der Rechtswissenschaft bedeutend eingewirkt. Es ist daher von dem positiven göttlichen Rechte mit zu handeln. Was das positive (menschliche) Recht in Teutschland betrifft, so sind das römische, kanonische und teutsche Recht nach einander als Quellen zu nennen. Hierzu kommen als Quellen des positiven Völkerrechtes die Völkerverträge. Die gemeinrechtlichen Bestimmungen des römischen, kanonischen und teutschen Rechtes sind nicht nur wegen ihrer in einem großen Theile

---

58) Falck a. a. O. §. 45, 46.

59) Ueber die geschichtlichen Momente, welche seit dem Mittelalter zur Entstehung eines allgemeinen europäischen Völkerrechtes beigetragen haben, vergleiche die ebenso präcise als richtige Darstellung bei Heffter, das europäische Völkerrecht der Gegenwart §. 5, S. 6 flg.

60) Falck a. a. O. §. 135.

Teutschlands fortdauernden Giltigkeit der Hauptgegenstand des juristischen Studiums, sondern bilden auch, wenn sie auch ihre unmittelbare Giltigkeit verlieren sollten, nothwendig die Grundlage jeder neuen Gesetzgebung und behalten, weil sie so allgemein verbreitet und mit dem Leben der germanischen, beinahe aller europäischen Völker so verwebt sind, auch bei Einführung einer neuen Gesetzgebung einen von den Zeitverhältnissen nicht abhängigen Werth, sowie die Untersuchungen über die Bildung dieses Rechtes ein bleibendes Interesse[61]).

B. Insbesondre: AA. Naturrecht und allgemeine Rechtslehre. Von dem Naturrechte und den verschiedenen Theorien war bereits vorher bei den Eintheilungen des Rechtes im objectiven Sinne die Rede. Neben dem Naturrechte wurde selbst von denen, welche dessen Realität behaupteten, eine besondere Wissenschaft unter dem Namen der Philosophie des positiven Rechtes anerkannt, welche die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit einer positiven Gesetzgebung durch Anwendung der in dem Naturrechte und in der Politik vorgetragenen Lehren auf die merkwürdigsten positiven Rechte lehren sollte. Viele, welche das Naturrecht ganz verwerfen und die Entstehung des Rechtes nur durch historisch erkennbare Thatsachen zulassen, setzen an die Stelle des Naturrechtes die Philosophie des positiven Rechtes, Vernunfterkenntniß aus Begriffen über das, was im Staate Rechtens sein kann. Allein die Philosophie des positiven Rechtes gehört nicht in den Kreis der juristischen, sondern der politischen Wissenschaften, weil sie die Behandlung juristischer Lehren nach den Grundsätzen der Politik ist[62]).

BB. Positives göttliches Recht. Nach der Ansicht vieler, besonders älterer Juristen haben die in den Urkunden der christlichen Offenbarung, besonders im alten Testamente enthaltenen rechtlichen Vorschriften, sofern sie nicht nothwendig auf das jüdische Volk beschränkt sind, auch in den christlichen Staaten verbindliche Kraft. Der Inbegriff dieser Vorschriften sollte ein allgemein geltendes positives göttliches Recht (ius divinum positivum universale) bilden, von dem das besondere positive göttliche Recht (ius divinum positivum particulare) unterschieden wurde, unter welchem man das mosaische Recht verstand. Zur Begründung jener Ansicht von dem Dasein eines allgemeinen göttlichen Rechtes genügt nicht die Idee einer dem ganzen Menschengeschlechte in seinen Repräsentanten geschehenen Offenbarung und Mittheilung, noch ist, zur Widerlegung derselben die allerdings richtige Behauptung, daß die Bibel nicht allgemein bekannt gemacht worden sei, hinreichend. Es kommt nur darauf an, ob nach der Beschaffenheit der christlichen Lehren mit der Annahme des Christenthums zugleich der Grundsatz anerkannt sei, daß die einer Anwendung

61) Falck a. a. O. §. 135.
62) Falck a. a. O. §. 47.

auf Rechtsverhältnisse fähigen Vorschriften durch die Staatsgewalt zu verwirklichen seien. Das Christenthum ist aber nach den Aeußerungen seines Stifters und nach der Absicht, welche dadurch erreicht werden sollte, eine zur sittlichen Veredelung führende Anstalt und allen Völkern zugedachte Wohlthat. Anwendung äußeren Zwanges zur Verwirklichung der christlichen Lehre würde demnach dem Wesen des Christenthums widersprechen; es widerstrebt derselben schon die Universalität des Christenthums, vermöge deren dasselbe mit jeder Staatsform und mit jeder Form der rechtlichen Verhältnisse verträglich ist. Auch tragen die aus der jüdischen Religion in die christliche übergegangenen religiösen Wahrheiten und Vorschriften seit der Aufnahme in das Christenthum den früheren gesetzlichen Charakter nicht mehr an sich. Freilich gewannen, wie es in der Natur der Sache gegründet war, die christlichen Lehren auch Einfluß auf die Rechtsgrundsätze, welche allmälig mit dem Geiste der christlichen Religion in Uebereinstimmung gebracht wurden. Der Einfluß, welchen das Christenthum so nach und nach auf die Veränderung des Rechtes geäußert hat, ist ein sehr bedeutender gewesen, z. B. durch Aufhebung der Sclaverei, und das Recht der späteren Zeit ist infolge der durch das Christenthum allmälig herbeigeführten Veränderungen von dem Rechte des Alterthums wesentlich unterschieden. Das Christenthum hat aber die Veränderung nur vorbereitet. Allerdings hat Fanatismus und Intoleranz oft auch zu gewaltsamen Veränderungen geführt. Allein dies sind nicht zu billigende Ausnahmen. Immer muß es dem Ermessen der Gesetzgebung überlassen und von dem Charakter des Volkes abhängig bleiben, ob die christlichen Lehren durch äußeren Zwang zu verwirklichen seien[63]). Zunächst hatte die Controverse vom göttlichen Rechte die allgemeine Anwendbarkeit einiger alttestamentlichen Vorschriften, namentlich des mosaischen Gesetzes, zum Gegenstande, wozu die noachitischen Gebote, die zehn Gebote, die mosaischen Eheverbote u. s. w. gehörten. Zwar wird gegenwärtig eine allgemeine Verbindlichkeit jener Vorschriften nicht mehr angenommen, dem mosaischen Rechte in Bezug auf Zinsverträge gar keine Geltung beigelegt, auch die Staatsgewalt weder in der gesetzgeberischen noch vollziehenden Richtung in Bezug auf die Begnadigung von Mördern und auf die Zulassung verbotener Ehen durch das mosaische Recht als beschränkt angesehen. Allein infolge der früher herrschenden Ansicht von der Verbindlichkeit des mosaischen Gesetzes sind einige Bestimmungen desselben in einigen Staaten als giltig betrachtet worden und haben sich in Geltung erhalten. Dies gilt namentlich von den im 3. Buche Mosis Cap. IX, 18, 20 enthaltenen Eheverboten. Diese haben selbst in den protestantischen Ländern Anerkennung gefunden, was seinen Grund darin hatte, daß in den geistlichen Gerichten der Protestanten bei Entscheidungen in Ehesachen mehr die Bibel als das kanonische Rech

63) Falck a. a. O. §. 53.

als maßgebend betrachtet wurde. Eine allgemeinere Reception des Mosaischen Rechtes ist nicht nachweisbar [64]). Hiernach ist der praktische Gebrauch des mosaischen Rechtes sehr beschränkt. Auch die im neuen Testamente vorkommenden Aeußerungen über Ehescheidungen [65]) sind nicht, wie früher Viele geglaubt haben, verbindliche Gesetze in christlichen Staaten, wenn sie nicht durch Gesetz oder Gerichtsbrauch als verbindlich anerkannt worden sind. Es ist dies aber häufig in den protestantischen Ländern der Fall gewesen [66]). Die Vorstellung von der gesetzlichen Kraft biblischer Vorschriften findet sich schon früh [67]).

CC. Römisches Recht. Das römische Recht war zu den Zeiten des römischen Reiches in allen Theilen desselben in Geltung, behielt dieselbe selbst nach dem Untergange des weströmischen Reiches auch in mehreren der von teutschen Stämmen eingenommenen Provinzen. Denn für die Einwohner römischen Stammes in mehreren der neugegründeten germanischen Reiche wurden besondere Rechtssammlungen aus römischen Rechtsquellen veranstaltet (edictum Theodorici, Lex Romana Visigothorum oder Breviarium Alaricianum, Lex Romana Burgundionum oder Papiani liber Responsorum). In Italien, soweit es durch Belisarius und Narses dem oströmischen Reiche wieder unterworfen worden war, erhielt die Justinianeische Rechtssammlung Geltung. Es beschränkte sich aber, nachdem im Jahre 568 das longobardische Reich gestiftet worden war, dessen Giltigkeit auf den Exarchat von Ravenna. Die Bekanntschaft mit dem römischen Rechte hat sich auch in der späteren Zeit nie ganz verloren. Vorzüglich trug dazu bei, daß die Geistlichkeit das römische Recht als das ihrige, als das Recht der Kirche, betrachtete. Die Kenntniß des römischen Rechtes wurde nicht blos aus der Justinianeischen Rechtssammlung, sondern auch aus anderen Quellen geschöpft. Seit dem Wiederaufleben des Studiums

64) Falck a. a. O. §. 60, N. 6 führt als Beispiel einer allgemeinen Reception die für die sächsischen Länder der Ernestinischen Linie erlassene Jenaische Hofgerichtsordnung v. 1. Februar 1653 Cap. 15 an, wornach das Hofgericht bei seinen Entscheidungen sich vor allen „nach den göttlichen Satzungen und Gebothen, so aller anderen löblichen und nützlichen Ordnungen und Gesetzen Fundament, Norm und Richtschnur seynd" richten soll. Allein man hat darin in der Praxis keine allgemeine Reception gefunden; vielmehr beschränkt sich die Reception auf die durch andere Landesgesetze speciell anerkannten Eheverbote. Heimbach, Lehrb. des partik. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder §. 85. In einzelnen sächsischen Ländern hat sich die Gesetzgebung auch über diese Eheverbote zum Theil hinausgesetzt. S. Heimbach a. a. O.

65) Matth. V, 32. IX, 4—6, 9. Marc. X, 6—8, 12. Luc. XVI, 18. 1. Corinth. VII, 11, 15.

66) So namentlich in den sächsischen Ländern, in welchen die Grundsätze von der Ehescheidung und deren Gründen noch auf jenen neutestamentlichen Stellen beruhen, sofern nicht neuere Landesgesetze andere Bestimmungen darüber enthalten.

67) Vgl. Falck a. a. O. §. 61.

des römischen Rechtes, soweit es in Justinian's Rechtssammlung enthalten war, auf der Universität zu Bologna durch Irnerius und seine Nachfolger, die Glossatoren, im 12. Jahrhunderte fand das römische Justinianeische Recht außerhalb Italien in vielen Ländern Europa's Eingang, auch in Teutschland. Die umständliche Darstellung der Gründe dazu gehört der Rechtsgeschichte an[68]). In Teutschland war die von den teutschen Kaisern sehr beförderte Ansicht, daß das teutsche Reich eine unmittelbare Fortsetzung des römischen sei, der Einführung des römischen Rechtes nicht weniger günstig, als das Ansehen der Kirche und deren Oberhäupter, welche sich häufig auf das römische Recht beriefen. Vorzüglich trug aber der Umstand dazu bei, daß viele Teutsche in Bologna die Rechte studirten und nach ihrer Rückkehr in die Heimath die Grundsätze des fremden Rechtes dort einzuführen suchten. Ebenso war auch die Stiftung einheimischer Universitäten, auf welchen besondere Lehrstühle für das römische Recht gestiftet wurden, während für den Unterricht im einheimischen Rechte nichts geschah, nicht ohne Einfluß. Die Aufnahme des römischen Rechtes fand aber lange Zeit beharrlichen Widerstand. Erst gegen Ende des 15. Jahrh. wurde das römische Recht von Seiten der Reichsgewalt als zu des Reiches und gemeinen Rechten gehörig, wornach das Reichskammergericht entscheiden sollte, in der Kammergerichtsordnung von 1495 anerkannt. Aber auch dadurch war die Aufnahme des römischen Rechtes in Teutschland noch nicht entschieden. Denn in manchen teutschen Ländern kam es erst im 16. Jahrh. als subsidiarisches Recht in Gebrauch. Vorzüglich trug zu dem endlichen Siege des römischen Rechtes die Besetzung der in den einzelnen teutschen Ländern nach dem Muster des Reichskammergerichtes errichteten Obergerichte mit gelehrten Juristen, namentlich Doctoren der Rechte, bei. Die Reception beschränkt sich auf diejenigen Theile und Stücke der Justinianeischen Rechtssammlung, welche den Glossatoren bereits bekannt und mit der Glosse versehen waren (quidquid glossa non agnoscit, nec agnoscit curia). Mit dieser näheren Bestimmung ist das in dem Corpus iuris civilis enthaltene römische Recht im Ganzen angenommen, so daß seine Anwendbarkeit im Einzelnen nicht besonders nachzuweisen ist, sondern seine Nichtanwendbarkeit[69]).

DD. Kanonisches Recht[70]). Das Christenthum hat neben anderen wichtigen Folgen auch die Bildung neuer Rechtsverhältnisse und das Entstehen neuer Rechtsquellen für diese veranlaßt. Die christlichen Gemeinden standen in freier Verbindung miteinander und ihre Gesammtheit bildete die christliche Kirche. Schon bei den einfachen

---

68) S. auch den Artikel Quellen des römischen Rechtes.

69) Ueber die Anwendbarkeit römischen Rechtes s. den Art. Quellen des römischen Rechtes.

70) Falck, jur. Encyklopädie §. 93 flg.

Gesellschaftsformen der ältesten Zeit entstanden natürlich mancherlei zur Aufrechterhaltung der Ordnung, wie in jeder Gesellschaft, so auch in der Kirche, nothwendige Vorschriften; entweder durch Gesellschaftsbeschlüsse oder durch allmälig sich bildende kirchliche Observanz. Die allgemeine Benennung für diese Vorschriften und Regeln ist Kanon (*κανών*, regula) welche später allein für die von der Kirche ausgehenden Vorschriften, sowohl in der occidentalischen als auch in der orientalischen Kirche gebraucht worden ist. Kanonisches Recht ist das in der Kirche entstandene und durch eine kirchliche Autorität sanctionirte Recht. Seiner Natur nach müßte es nur kirchliche Verhältnisse zum Gegenstande haben. Mit dem Kirchenrechte fällt das kanonische Recht nicht zusammen. Beide Begriffe sind schon in Hinsicht auf ihre Form verschieden, da der des kanonischen Rechtes sich auf den Ursprung der Rechtsquellen, der des Kirchenrechtes auf die Abtheilung der Wissenschaft sich bezieht. Auch ein materieller Unterschied ist vorhanden, da die kirchlichen Verhältnisse zugleich unter dem Einflusse der Staatsgewalt stehen, und namentlich in äußeren Beziehungen durch die Staatsgesetze bestimmt werden. So enthält das Kirchenrecht gesetzliche Bestimmungen, welche nicht kanonischen Ursprunges sind. Dazu kommt, daß das Kirchenrecht allein auf kirchliche Angelegenheiten beschränkt wird, wogegen die kirchliche Gesetzgebung nach ihrer historischen Entwickelung viele Gegenstände und Verhältnisse betrifft, welche dem Zwecke der Kirche entweder ganz fremd sind, oder nur sehr entfernt mit demselben zusammenhängen. Diese Erweiterung des kanonischen Rechtes hängt mit der kirchlichen Gerichtsbarkeit genau zusammen. Diese Gerichtsbarkeit ist namentlich in Teutschland auf alle geistliche Personen und auf alle geistliche Sachen ausgedehnt worden. Es wurden daher weltliche Geschäfte jeder Art in den geistlichen Gerichten verhandelt und entschieden, und dies veranlaßte zugleich, daß die kirchlichen Gesetze über ihren ursprünglichen Kreis ausgedehnt wurden und denselben Umfang wie die weltlichen Gesetze erhielten, während in der älteren Zeit die kirchlichen Verordnungen sich entweder blos auf kirchliche Angelegenheiten bezogen, oder wenigstens nur die kirchliche Seite der bürgerlichen Rechtssachen betrafen[71]). Die genauere Entwickelung und Aufzählung der Quellen des kanonischen Rechtes gehört in das Kirchenrecht[72]). Von den im Corpus iuris canonici enthaltenen Sammlungen haben das Decretum Gratiani und die drei Decretalensammlungen Gregor IX., Bonifaz VIII. (liber sextus) und Clemens V. (die sog. Clementinae) in Teutschland allgemeine Geltung erlangt. Im 15. Jahrh. verstand man unter Corpus iuris canonici in Teutschland nur diese Stücke, welche nicht erst damals zum gerichtlichen Ansehen in den teutschen Gerichten gelangten[73]). Es ist

---

71) Vgl. den Artikel geistliche Gerichtsbarkeit.
72) Vgl. den Artikel Quellen des kanonischen Rechtes.
73) Vgl. darüber und über das Folgende Falck a. a. O. §. 102 flg.

aber bei der Aufnahme des kanonischen Rechtes in Teutschland zwischen den geistlichen und weltlichen Gerichten zu unterscheiden. In den geistlichen war die Aufnahme leicht, weil das kanonische Recht wegen der Einheit der katholischen Kirche im Abendlande kein fremdes Recht war. Auch galten die in dem Decret und den Decretalen enthaltenen Rechtssätze meistentheils schon früher, als die Sammlungen erschienen. In den weltlichen Gerichten, wo diese Gründe nicht wirkten, ist auch die Aufnahme viel später erfolgt. Die Gründe, aus denen das römische Recht allmälig Geltung erlangte, waren auch bei dem kanonischen Rechte nicht ohne Einfluß; namentlich mag hier die Stiftung einheimischer Universitäten und die Gründung eigener Lehrstühle für das kanonische Recht auf denselben hervorgehoben werden. Besondere Gründe für die Reception waren theils die Verwandtschaft der Bestimmungen des kanonischen Rechtes mit den teutschen Einrichtungen und Rechtsansichten, theils der Gebrauch des kanonischen Rechtes in den geistlichen Gerichten. So wurde das Corpus iuris canonici allgemein als Quelle des gemeinen Rechtes neben dem Corpus iuris civilis, nachdem der Gebrauch längst feststand, auch gesetzlich anerkannt[74]); die Grundsätze über den Gebrauch des kanonischen Rechtes in Teutschland sind im wesentlichen dieselben wie bei dem römischen Rechte; nur geht das kanonische als das jüngere dem römischen als dem älteren vor und ist in vielen Bestimmungen geradezu als correctorisches Gesetz im Verhältnisse zum römischen Rechte zu betrachten[75]). Doch kommen Ausnahmen vor, indem nach einer entschiedenen Observanz in einzelnen Fällen das kanonische Recht dem römischen nachsteht[76]). — Die in den jetzigen Ausgaben des Corpus iuris canonici hinter den Clementinen folgenden beiden Decretalensammlungen, die Extravagantes Ioannis XXII. und die Extravagantes communes sind keine officiellen Sammlungen. Sie haben in Teutschland keine Giltigkeit, außer insofern eine besondere Reception einzelner Stücke nachweisbar ist. Daß sie 1582 von Pabst Gregor XIII. mit dem Corpus iuris canonici verbunden und den übrigen Decretalen gleichgestellt worden sind, hat ihnen in Teutschland keine Giltigkeit ver-

---

74) Reichshofrathsordnung Tit. VII, §. 24.

75) Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff des Verhältnisses des kanonischen Rechtes zum römischen vgl. Glück, Erläut. der Pand. Bd. I, S. 403 flg.

76) Z. B. ist das Testament von dem Pfarrer und zwei Zeugen nicht recipirt, vielmehr wird die im Justinianeischen Rechte vorgeschriebene Testamentsform beobachtet; bei Schenkungen wird nicht, wie das kanonische Recht will, (cap. 6. X. de donat.) eine ausdehnende Erklärung, sondern eine einschränkende Auslegung angewendet und daher die Absicht zu schenken niemals vermuthet; das kanonische Recht erklärt Frauenspersonen für unfähige Beweiszeugen (Can. 17. 19. C. 33. qu. 5. cap. 10. X. dec. V. 5.) Die Praxis zieht dagegen das römische Recht vor, welches Frauenspersonen, wenn auch nicht als Solennitätszeugen, doch als Beweiszeugen unbeschränkt zuläßt. Vgl. über diese und andere Ausnahmen Quistorp, Beiträge St. IV, N. 8. Glück a. a. O. S. 408 flg.

schaffen können[77]; namentlich mußte dies bei den Protestanten ohne Einfluß sein, wenn es auch bei den Katholiken einen solchen hätte haben können. — Von neueren kirchenrechtlichen Quellen sind besonders die Schlüsse der Kirchenversammlung zu Basel von 1431—1440 und der zu Trient von 1545—1563 wichtig, indem sie für die römisch-katholische Kirche im allgemeinen, sowie für Teutschland insbesondre in vielen Beziehungen die älteren kanonischen Bestimmungen geändert haben. — Die bisher genannten Rechtsquellen haben im ganzen Umfange der abendländischen Kirche Geltung erhalten und größtentheils bis jetzt behalten. Neben ihnen existiren partikuläre kirchenrechtliche Normen für die einzelnen Länder, insbesondre für Teutschland. Zu ihnen gehören 1) die Concordate der teutschen Nation (concordata nationis Germaniae) von 1448, zwischen Kaiser und Reich eines Theiles und dem päbstlichen Hofe anderen Theiles zu Wien geschlossen, wodurch die Fürstenconcordate (Concordata Principum) von 1447, welche sich vorzüglich auf die Schlüsse der Baseler Synode und die Ausführung derselben in Teutschland bezogen, zu Gunsten des Pabstes näher bestimmt wurden[78]. 2) Die Beschlüsse der teutschen Nationalconcilien; doch besteht das Geltende davon meistens in partikulären Verordnungen für einzelne Bisthümer und Erzbisthümer, die auf den Diöcesan- und Provinzialsynoden beschlossen sind. Zu den Quellen des teutschen Kirchenrechtes gehören 3) die verschiedenen Friedensschlüsse, namentlich der Passauer Vertrag von 1552, der Augsburger Religionsfriede von 1555 und besonders der westphälische Friede von 1648, von dem jedoch nur das Osnabrück'sche Friedensinstrument hierher gehört. Diese Friedensschlüsse, besonders der westphälische, bestimmen die Rechtsverhältnisse der Augsburgischen Confessionsverwandten, der Reformirten und der Katholiken untereinander. Auch der westphälische Friede hat durch die Auflösung des Reichsverbandes seine Giltigkeit nicht verloren, mit Ausnahme der lediglich auf das Reich und dessen Verfassung sowie die Reichsgesetze bezüglichen Bestimmungen. Durch spätere Gesetze ist die Religionsfreiheit in Teutschland überhaupt und der Protestanten noch erweitert worden. So hat der Reichsdeputationsreceß v. 25. Februar 1803 §. 63 den Fürsten das bis dahin nur factisch ausgeübte Duldungsrecht ausdrücklich zugestanden. Die teutsche Bundesacte v. 1815 Art. 16 sprach den Grundsatz aus, daß in den teutschen Bundesstaaten die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien keinen Unterschied in den bürgerlichen und politischen Rechten begründen könne; damit hörte auch für die Anhänger christlicher Confessionen das

77) Falck a. a. O. §. 103.

78) Ob diese Concordate durch Aufhebung des Reiches ihre Giltigkeit verloren haben, ist bestritten. Dafür ist Sauter, fundam. iur. eccl. T. II. §. 237. Wiese, Grundſ. d. Kirchenr. §. 76. Dagegen ist Falck a. a. O. §. 106, weil sie nicht blos das Reich als Gesammtheit, sondern jedes katholische Land insbesondre beträfen.

im westphälischen Frieden anerkannte Recht, zur Auswanderung zu nöthigen, auf. Die Einrichtung der teutschen katholischen Kirche ist seit ihrer Wiederherstellung nach den Stürmen der französischen Revolution und des Napoleonischen Kaiserthums etwas verändert und beruht zunächst auf den zwischen einzelnen teutschen Staaten mit dem päbstlichen Hofe geschlossenen Concordaten; die alten Rechtsquellen haben aber ihre Giltigkeit größtentheils fortbehalten [79]). — Die Reformation hatte die Trennung der Lutheraner und Reformirten von der römisch-katholischen Kirche zur Folge. Eine natürliche Folge dieser Trennung war die Veränderung des Kirchenrechtes. Auf die Rechtsquellen war der Einfluß dieser Trennung weniger von Bedeutung. Zwar drang Luther im ersten Eifer auf Abschaffung des Corpus iuris canonici als ein Werk des päbstlichen Supremats; er konnte aber damit nicht durchdringen. Namentlich dem Einflusse der Juristen, welche diese wichtige Rechtsquelle für das bürgerliche Recht nicht gern verlieren wollten, ist deren Beibehaltung bei den Protestanten zuzuschreiben. Auch fehlte es an hinreichendem Grunde zur Abschaffung des Corpus iuris canonici. Die Reformation bezweckte nur Abstellung von Mißbräuchen, also Entfernung oder Abänderung von Einzelnheiten. Das Gebäude der Kirchenverfassung konnte aber in seinen wesentlichen Theilen unverändert bleiben und blieb es wirklich. In vollständiger Uebereinstimmung damit steht nun auch der seitdem anerkannte Grundsatz, daß das Corpus iuris canonici in den protestantischen Ländern soweit in Giltigkeit verblieben ist, als die Gegenstände und Rechtsverhältnisse, von welchen es handelt, nicht untergegangen sind, und die darin enthaltenen Rechtsnormen den dogmatischen Grundsätzen der evangelischen Kirche nicht offenbar widersprechen. Statt der nicht mehr anwendbaren Bestimmungen des kanonischen Rechtes sind neue eingeführt worden. Diese beruhen, mit Ausnahme der wenigen Sätze, welche in der Augsburgischen Confession von 1530 enthalten sind, oder aus dem Begriffe und dem Wesen einer Kirche abzuleiten sind und als ein allgemeines Kirchenrecht aufgestellt werden, auf den partikulären Kirchenordnungen der einzelnen Länder und späteren landesherrlichen Gesetzen. Eine der wichtigsten Folgen der Reformation war, daß den protestantischen Landesfürsten in Teutschland die Ausübung der kirchlichen Gesellschaftsrechte (in der Theorie regimen ecclesiasticum im Gegensatze der der Kirche eigentlich selbst zustehenden Kirchengewalt, potestas ecclesiastica genannt) zufiel, welche seitdem, unter dem namentlich von Seiten der Fürsten festgehaltenen Namen des Episcopats oder der Episcopatshoheit, mit der Landeshoheit evangelischer Fürsten in Verbindung gedacht wird. Diese Veränderung zeigte sich durch landesherrliche Gesetzgebung in Kirchensachen, wobei aber häufig die nothwendige sorgfältige Unterscheidung der so sehr verschiedenen Rechte des Episcopats und der Landeshoheit zu vermissen war. Dieselbe Ver-

79) Falck a. a. O. §. 106.

änderung hatte aber auch die Entstehung einer eigenen Klasse allgemeiner Kirchengesetze für die evangelischen Länder Teutschlands in den Beschlüssen der evangelischen Reichsstände (Conclusa corporis Evangelicorum) zur Folge[80]). Der Ausdruck Corpus Evangelicorum bezeichnete die Gesammtheit der Reichsstände evangelischer Religion nur als in den Reichsgesetzen anerkannte Vertreter dieser Partei in ihrem staatsrechtlichen Verhältnisse[81]). Allein durch die Stellung, welche sämmtliche vereinigte Reichsstände zugleich ihren Landeskirchen gegenüber hatten, wurden doch Vereinbarungen unter ihnen möglich, wodurch Verfügungen über innere kirchliche Angelegenheiten getroffen werden konnten. Durch Bekanntmachung der Resultate solcher Beschlüsse als Kirchengesetze in den einzelnen Ländern entstanden daher bisweilen allenthalben anwendbare Bestimmungen des protestantischen Kirchenrechtes[82]). Die Anzahl derselben ist aber sehr gering. Denn der Hauptzweck jener Vereinigung der evangelischen Fürsten war Schutz der neuen Kirche gegen die katholische; weniger wurde dabei die innere Organisation der Kirche und die Rechtsbildung in derselben beabsichtigt. Daher kommt es, daß das Gemeinschaftliche in dem Kirchenrechte der Protestanten mehr in dem Alten, was beibehalten, als in dem Neuen, was hinzugefügt wurde, besteht, und daß das protestantische Kirchenrecht in seinen größten und wichtigsten Theilen blos partikulär ist[83]).

EE. Teutsches Recht[84]). Das teutsche Recht entbehrt einer solchen allgemeinen Quellensammlung, wie das römische und katholische Recht sie haben. Seine Quellen sind blos einzelne Verordnungen der Regenten, Gesetze und Rechtsbücher für die verschiedenen Stämme des teutschen Volkes und für die einzelnen Staaten, aus denen Teutschland besteht. Eine innere feste politische Einheit, welche allein eine allgemeine Quellensammlung möglich macht, hat Teutschland im ganzen Verlaufe seiner Geschichte nicht erlangt. Die Vereinigung aller teutschen Stämme mit Ausnahme der Westgothen durch Karl den Großen zu Einem Reiche bewirkte nicht die Verschmelzung der verschiedenen Stämme zu Einem Volke. Nach der Auflösung des fränkischen Reiches, in dessen Folge Teutschland 843 ein eigenes Reich wurde, hätte Teutschland zu einer festen Einheit gelangen können, wenn nicht die Unabhängigkeit der Reichsbeamten und der Uebergang von Regentenrechten auf diese durch das baldige Aussterben des carolingischen Hauses und die dadurch eintretende Nothwendigkeit von Königswahlen so sehr befördert worden wäre. Die Fürstenmacht entwickelte sich langsamer, aber stetiger und sicherer. Ihrer Ausbildung und ihrem allmäligen Wachsthum waren

80) Falck a. a. O. §. 107.

81) Eichhorn, Grundſ. des Kirchenr. S. 418. Vgl. den Art. Corpus Evangelicorum.

82) Eichhorn a. a. O. S. 419.

83) Falck a. a. O. §. 107.

84) Falck a. a. O. §. 110 flg.

vorzüglich die Kämpfe der teutschen Könige als römischer Kaiser mit den Päbsten, sowie der häufige Wechsel der Königsgeschlechter, bei denen sich anfänglich die Wahl der Fürsten an die Blutverwandtschaft band, günstig. Allmälig wurde die Reichsverbindung immer lockerer, und die zu Fürsten gewordenen Reichsbeamten legten sich gesetzgebende Gewalt in ihren Territorien bei. Aber nicht blos die Fürstenmacht ist in Teutschland eine Ursache der Mannigfaltigkeit der Land- und Stadtrechte, sondern ein viel tieferer Grund der Vielheit der Rechtsquellen in Teutschland liegt in dem anerkannten Grundsatze einer freien Rechtsbildung in den Genossenschaften und Gemeinden des Reiches (Autonomie), was auch in anderen Staaten, selbst in Frankreich, welches doch früh zu einer festen Einheit gelangte, zu einer großen Zahl partikulärer Rechtsquellen geführt hat, welche dort erst durch Napoleon's Gesetzgebung beseitigt worden sind[85]). — Unter den Quellen des teutschen Rechtes können die alten Volksrechte (sog. leges Barbarorum), die Sammlungen und Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechtes der teutschen Stämme, namentlich derer, welche römische Provinzen eingenommen hatten, hier füglich übergangen werden. Sie sind zwar als die ältesten Quellen des einheimischen Rechtes von mannigfaltigem Interesse, nicht blos für die innere Rechtsgeschichte, sondern auch für die Culturgeschichte, weil sie die damaligen Sitten, den damaligen Bildungsstand der teutschen Stämme sicherer als andere Quellen beurkunden. Allein für den gegenwärtigen Rechtszustand in Teutschland sind sie ohne Bedeutung, zumal sie frühzeitig in Vergessenheit gekommen sind, und ein Zusammenhang der allerdings wichtigen Quellen des späteren Mittelalters, namentlich der verschiedenen Rechtsbücher mit ihnen, nicht erweislich ist. Ebenso können für den gegenwärtigen Zweck die Capitularien der fränkischen Könige außer Betracht bleiben, weil auch sie frühzeitig außer Gebrauch gekommen sind, wozu die durch den Verfall der Klosterschulen unter den Laien zunehmende Unkenntniß der lateinischen Sprache wohl mehr beigetragen hat, als die Veränderung der Verfassung, da ja auch nach dem Erlöschen der Carolinger Teutschland eine Monarchie blieb und nur aus einem Erbreiche ein Wahlreich wurde. An die Stelle der geschriebenen Gesetze traten seit dem 11. und 12. Jahrh. Gewohnheitsrechte, deren wichtigere Bestimmungen bald wieder aufgezeichnet wurden[86]). Dies geschah zuerst in den Städten, wo entweder die Ertheilung städtischer Freiheiten oder auch die Einrichtung der Stadtverfassung Gelegenheit gab, Willküren und Urtheile und die sonst gangbaren Rechtssätze in geordnete Sammlungen zu bringen, oder Stadtrechte abzufassen, welche man in der Folge mit Zusätzen vermehrte oder auch wohl ganz umarbeitete. Die in den Städten früher geordnete Verfassung machte auch bei der den Städten, sowie anderen

85) Falck a. a. O. §. 110.
86) Falck a. a. O. §. 113.

Gemeinden zustehenden Autonomie eine Art Gesetzgebung möglich und bei der Beschränkung einer größeren Menschenzahl auf einen kleinen Raum nothwendig. Manche der Stadtrechte haben ein großes Ansehen und Verbreitung in Teutschland erlangt, z. B. die Soester Scraae, das Lübische Recht und das Magdeburgische Recht; sei es dadurch, daß fremde Städte ein solches Stadtrecht annahmen oder es sich von ihren Landesfürsten verleihen ließen. Mit der Verbreitung der Stadtrechte hing noch die Einrichtung zusammen, daß in den Städten, welche ein fremdes Recht annahmen, zugleich eine Art Berufung (Zugrecht) an den Schöffenstuhl oder den Rath der Stadt (Oberhof), woher das Recht gekommen war, stattfand, wobei nicht an eine Appellationsinstanz im heutigen Sinne zu denken ist, sondern nur an ein Schelten des Urtheils und des darin aufgestellten Rechtssatzes zu dem Zwecke, um von dem Orte, wo die bessere Kenntniß der die Entscheidungsnorm abgebenden Rechtsquelle zu erwarten war, eine richtigere Entscheidung zu erlangen. Die Zahl der Stadtrechte, welche vom 12. bis in das 16. Jahrh. hinein galten, ist sehr bedeutend. Die Landrechte sind in diesem Zeitraume viel seltener und kommen nur da vor, wo die alten Rechte und die völlige Freiheit der Volksgemeinden sich erhalten hatte. Erst im 16. Jahrh. werden auch in den Landdistricten häufiger solche Gesetzbücher abgefaßt. Die Sprache dieser jetzt genannten Quellen ist meistens die teutsche; nur einzelne Stadtrechte sind in lateinischer Sprache abgefaßt. — Das 12. und 13. Jahrh. zeichnet sich in Teutschland, sowie in anderen Ländern Europa's, durch das Bestreben der Völker auf Erhaltung und Beurkundung ihres nationalen Rechtes aus [87]). Veranlassung dazu gab vorzüglich das schon damals eindringende römische Recht, dessen Einführung ebenso von den Kaisern und Königen, als von den Päbsten begünstigt wurde, von den ersteren, weil sie in ihm die Rechtfertigung der von ihnen angestrebten Vergrößerung und Unbeschränktheit der Regentengewalt fanden, von den letzteren, weil das römische Recht die ersten Keime eines besonderen Rechtes der Kirche und des geistlichen Standes enthält, und unter Voraussetzung der Geltung des römischen Rechtes eine immer größere Ausdehnung der Rechte der Kirche und ihrer Oberhäupter, der Päbste, leichter zu realisiren war, als wenn das nationale Recht, welches hauptsächlich auf der Selbstbestimmung der Nation und der einzelnen Theile derselben, den Corporationen und Gemeinden, beruhte, fortwährend in Geltung blieb. Das Vorhandensein des römischen Rechtes in Einer Sammlung, im Corpus iuris civilis, machte es wünschenswerth und zur Erhaltung des nationalen Rechtes, damit es nicht wegen ermangelnder Beurkundung in Vergessenheit käme, nothwendig, daß es schriftlich aufgezeichnet wurde. Der schriftlichen Aufzeichnung unterzogen sich Privatpersonen. Dadurch entstanden die sog. Rechtsbücher des Mittelalters in

---

87) Falck a. a. O. §. 114.

Teutschland. Unter ihnen ist der sog. Sachsenspiegel (speculum iuris Saxonici) das wichtigste, welcher eine Zusammenstellung des im alten Herzogthum Sachsen üblichen Rechtes enthält. Die erst in neuester Zeit wieder lebhaft erörterte Streitfrage, ob der sog. Schwabenspiegel eine Umarbeitung des Sachsenspiegels, oder umgekehrt dieser aus jenem geschöpft sei, ist als weiterer Untersuchung bedürftig hier nicht zu erörtern. Entschieden ist aber der Sachsenspiegel unter den Rechtsbüchern des Mittelalters das wichtigste, weil er nicht blos im nördlichen Teutschland, sondern auch außerhalb Teutschlands in anderen Ländern Giltigkeit erlangte, selbige auch in vielen Gegenden Teutschlands, namentlich in dem Königreich Sachsen und in den sächsischen Herzogthümern, soweit solche durch den thüringer Wald gegen Franken begrenzt werden, noch behalten hat, während die übrigen Rechtsbücher nur noch der historischen Vergangenheit angehören. Die Rechtsbücher des Mittelalters sind die wichtigsten Quellen des mittleren teutschen Rechtes. Sie enthalten die damals geltenden Rechtsgrundsätze in der einfachsten Form, indem sie blos den Rechtssatz aufstellen, ohne dessen nähere Begründung und weitere Entwickelung, was aber auch ganz dem Bedürfnisse entsprach, weil es der Erhaltung des nationalen Rechtes gegen das eindringende fremde galt, wozu die Beurkundung der wesentlichen Rechtssätze genügte, während die nähere Begründung und weitere Entwickelung anderen Organen überlassen werden konnte. Solche Organe waren in den Schöffenstühlen und Oberhöfen vorhanden und durch sie ist das in den Rechtsbüchern enthaltene Recht weiter ausgebildet und entwickelt worden, auf eine Weise, welche bedauern läßt, daß die von ihnen ausgehende Ausbildung des nationalen Rechtes durch das immer größere Umsichgreifen des fremden, namentlich des römischen Rechtes, unterbrochen und gehemmt worden ist. Die uns erhaltenen Urtheile und Weisthümer der Schöffen, deren noch viel mehr, als gedruckt sind, in den Archiven und Bibliotheken verborgen liegen mögen, beweisen zur Genüge, daß es in Teutschland weder an einem volksthümlichen Rechte, noch an der Fähigkeit zu dessen weiterer Entwickelung und Anpassung auf neue Verhältnisse fehlte. Leider wendete sich die wissenschaftliche Thätigkeit der Juristen, hauptsächlich infolge des blos für das fremde Recht auf den einheimischen Universitäten bestehenden academischen Unterrichtes und des Bestrebens der so gebildeten Juristen, das fremde Recht überall zur Geltung zu bringen, so ausschließlich dem fremden Rechte zu, daß die Urtheile und Weisthümer der Schöffen nicht einmal gesammelt und am wenigsten so benutzt wurden, wie dies mit den responsa prudentum bei den Römern der Fall war. Die Rechtsbücher des Mittelalters behandelten neben dem Landrechte auch das Lehenrecht. Indessen ist für das Lehenrecht ihr Gebrauch in Teutschland, wo er sich nicht in einzelnen Theilen desselben erhalten hat, durch die bekannte Sammlung des longobardischen Lehenrechtes, consuetudines oder libri feudorum, verdrängt worden, welche die Quelle des

in Teutschland geltenden gemeinen Lehenrechtes bilden. Das Lehenrecht, welches noch im 18. Jahrhunderte und auch noch in den ersten Jahrzehnten des jetzigen als eigener Rechtstheil auf den Universitäten gelehrt und in größeren Werken sowohl, als in kürzeren Lehrbüchern und kleineren Schriften vielfach behandelt wurde, tritt in neuester Zeit immer mehr in den Hintergrund. Seine politische und militärische Bedeutung hatte das Lehenwesen seit der neueren Einrichtung des Kriegswesens verloren, wenn man von dem teutschen Reiche absieht, dessen Verfassung im wesentlichen auf lehenrechtlichen Verhältnissen beruhte. Mit Auflösung des Reichsverbandes verlor es auch diese ihm noch gebliebene politische Bedeutung, und das Lehensinstitut wurde ein blos privatrechtliches. Auch als privatrechtliches Institut gilt es als veraltet. Bisher ist es blos durch das Interesse der Landesherren als Lehenherren wegen der möglichen Eröffnung der Lehen und deren Vereinigung mit dem Kammergute, sowie durch das Interesse des die Rittergüter besitzenden Adels wegen Aufrechterhaltung des Glanzes der Familie aufrecht erhalten worden. Schon vor den Stürmen des Jahres 1848 waren aber die Regierungen dem Systeme des freien und unbeschränkten Eigenthums günstig und es war deshalb der Lehensverband in mehreren Staaten aufgehoben worden. Einen neuen Anstoß zur gänzlichen Aufhebung gaben die Grundrechte des teutschen Volkes, welche im §. 39 das Princip der Aufhebung des Lehensverbandes aussprachen, das Nähere über die Art und Weise der Ausführung aber anzuordnen der Gesetzgebung der einzelnen Staaten überließen. Infolge der Aufstellung dieses Princips ist auch in mehreren, namentlich kleineren Staaten, der Lehensverband wirklich aufgehoben worden[88]); in anderen ist die Aufhebung noch zu erwarten. Sollte aber das Lehenrecht seinen praktischen Werth verlieren, so hat es doch in den vielen Jahrhunderten seit seiner Entwickelung auf den Zustand des teutschen Volkes und auf manche Verhältnisse einen so großen Einfluß ausgeübt, daß es als Theil der teutschen Rechtsalterthümer seine große wissenschaftliche Bedeutung behalten wird, weil nur durch sein Studium das teutsche Mittelalter und die daraus hervorgegangenen Bildungen und Zustände der neueren Zeit gründlich erkannt werden können[89]). — Neben den bisher genannten Quellen erschienen immer besondere Reichsgesetze[90]). Die älteren Reichsgesetze sind indessen größtentheils verloren gegangen und werden nur bei Gelegenheit von den Geschichtsschreibern erwähnt[91]). Erst seit

88) Weim. Eis. Ges. v. 29. April 1851. Altenb. Ges. v. April 1851. Goth. Ges. v. 20. October 1848 §. 1. Sondersh. Ges. v. 12. Mai 1852. Reuß. j. Linie Ges. v. 28. Juli 1853.

89) Falck a. a. O. §. 119.

90) Falck a. a. O. §. 120.

91) Doch haben sich einige Reichsgesetze der älteren Zeit erhalten, z. B. der Vergleich Kaiser Heinrich V. mit Pabst Calixtus II. von 1122 (sog. Wormser Concordat), der Reichsabschied Friedrich I. v. 1187, beide Landfrieden desselben

dem 14. Jahrh. sind sie einigermaßen vollständig auf uns gekommen. Die Reichsgesetze wurden, mit Ausnahme der Friedensschlüsse, welche ebenfalls dazu gehören, auf den Reichstagen von den vom Kaiser berufenen Versammlungen der Reichsstände, oder von einer Deputation des Reichstages beschlossen, vom Kaiser bestätigt und dann in den Reichslanden publicirt. Die Reichsgesetze führen bald den Namen von Reichsordnungen, d. h. ausführliche Gesetze über Einen Gegenstand, bald wurden sie, was das gewöhnlichste war, als Reichsabschiede (recessus imperii) welche sämmtliche hinsichtlich ihres Gegenstandes auch noch so verschiedenartige Beschlüsse derselben Reichsversammlung enthielten, erlassen. Seit der 1662 berufene Reichstag permanent wurde, kam kein Reichsabschied mehr zu Stande, sondern die Reichsgesetze wurden in der Form von Reichsschlüssen bekannt gemacht[92]), welche zu ihrer Giltigkeit der Genehmigung des Kaisers in einem Ratificationsdecrete gleichfalls bedurften. Die der kaiserlichen Genehmigung ermangelnden Beschlüsse des Reichstages heißen Reichsgutachten und sind ohne verbindliche Kraft; der Inhalt der Reichsgesetze erstreckt sich auf Alles, was in den Kreis der Gesetzgebung gezogen werden kann; die bei weitem meisten Bestimmungen gehören dem Staatsrechte an. Die in den letzten Jahrhunderten seit dem westphälischen Frieden immer zunehmende Lockerung des Reichsverbandes, welche mit dessen gänzlicher Auflösung im Jahre 1806 endigte, und die seit derselben Zeit herrschende größere Thätigkeit der Territorialgesetzgebung waren die Ursachen, daß allgemeine Reichsgesetze immer seltener und unbedeutender wurden. Officielle Sammlungen der Reichsgesetze sind nicht zu Stande gekommen[93]). Die Reichsgesetze haben mit Auflösung des teutschen Reiches ihre Verbindlichkeit und Giltigkeit im allgemeinen nicht verloren[94]). Zwar erklärte die Rheinbundesacte vom 12. Juli 1806 Art. II die Reichsgesetze in den rheinischen Bundesstaaten für nichtig und wirkungslos; allein einestheils konnte sich dies nicht auf diejenigen teutschen Staaten beziehen, welche dem Rheinbunde nie beigetreten waren, anderentheils ist die Aufhebung auf den mit der Reichsverfassung in Verbindung stehenden Inhalt der Reichsgesetze, welcher mit der kurz darauf erfolgten Auflösung des Reichsverbandes von selbst seine Anwendbarkeit verlor, zu beschränken. In der That ist

---

Kaisers, der Reichsabschied Friedrich II. von 1235 (das erste in teutscher Sprache abgefaßte Reichsgesetz).

92) Daher heißt der Reichsabschied v. 1654 der jüngste (recessus imperii novissimus).

93) Von den Privatsammlungen sind zu bemerken: Senkenberg, Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen u. s. w. 1747, 4 Bde. Gerstlacher, Hdbch. der teutschen Reichsgesetze nach möglichst echtem Text, 1786 flg., 11 Bde. Einen Auszug giebt Emminghaus, Corp. iur. German. tam publici quam privati academicum ed. 2. 1844.

94) Vgl. gegen die Ansicht mancher das Gegentheil behauptenden Schriftsteller Savigny, Syst. d. heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 4.

auch über die fortdauernde Giltigkeit der Reichsgesetze in allen übrigen nicht mit der Reichsverfassung im Zusammenhange stehenden Beziehungen zwischen Doctrin und Praxis vollkommenes Einverständniß vorhanden. Auch kommen in den nach Aufhebung des Reiches erlassenen Gesetzen der einzelnen teutschen Staaten häufig Beziehungen auf die Reichsgesetze als noch in Geltung bestehend vor. Nur sind selbstverständlich die Reichsgesetze seit der Auflösung des Reiches der Abänderung durch die gesetzgebende Gewalt der einzelnen Staaten unterworfen, da sie den absolut obligatorischen Charakter durch jene politische Veränderung verloren haben. — Nächst den Reichsgesetzen sind auch die partikulären Gesetze der einzelnen Territorien zu erwähnen [95]). Eine Mitwirkung der Fürsten in den teutschen Ländern und der Obrigkeiten in den freien Städten bei Abfassung der Landrechte und Stadtrechte war von altersher üblich; sie kann aber nicht als gesetzgebende Gewalt, sondern nur als obrigkeitliche Theilnahme an den Beschlüssen der Corporationen angesehen werden. Die Concurrenz der Fürsten selbst bei Errichtung von Stadtrechten für landsässige Städte beschränkte sich häufig darauf, daß die Städte sich ein fremdes Stadtrecht durch den Fürsten verleihen ließen. Dergleichen Bewidmungen von Städten mit fremden Stadtrechten sind sehr zahlreich. Die landesherrlichen Verordnungen der älteren Zeit hatten bei der den Corporationen im Mittelalter zustehenden Autonomie nur einen beschränkten Kreis und bestanden meistens in Privilegien, welche einzelnen Ständen, Corporationen und Genossenschaften ertheilt wurden. Verordnungen, welche darüber hinausgingen, konnten, wo Stände und Landschaften bestanden, nur mit Genehmigung dieser erlassen werden. Erst nachdem sich die Ansicht von einer den Corporationen zustehenden Autonomie verloren hatte, nahm die Vereinigung der Landesherren mit den Ständen über Rechtsbestimmungen den Charakter einer wirklichen Gesetzgebung an und wurde durch die den Fürsten eingeräumte Landeshoheit begründet. Indessen war doch bis in die Mitte des 16. Jahrhundertes hinein die allgemeine Reichsgesetzgebung vorherrschend. Erst seit dieser Zeit werden die landesherrlichen Verordnungen, an denen es übrigens auch vorher nicht fehlte, häufiger und nahmen in immer fortschreitendem Verhältnisse zu. Eine Hauptveranlassung zu der minderen Thätigkeit der Reichsgesetzgebung lag in der Religionsspaltung und der dadurch herbeigeführten Lockerung des Reichsverbandes; die Reformation trug besonders zur Vermehrung der landesherrlichen Gewalt bei, indem die protestantischen Reichsstände das Recht der Gesetzgebung in Sachen der protestantischen Landeskirche erlangten. Die gesetzgebende Gewalt der Landesherren war, je nachdem das Ansehen der Landstände sich erhielt oder sank, bald mehr, bald weniger beschränkt. Die Lockerung der Reichsverfassung gab auch den Fürsten freiere Hand, und es war auch

95) Falck a. a. O. §. 121.

bei der immer mehr zunehmenden Schwierigkeit, allgemeine Reichsgesetze zu Stande zu bringen, die Nothwendigkeit vorhanden, Verhältnisse, welche bei größerer Festigkeit des Reichsverbandes durch Reichsgesetze hätten regulirt werden können und müssen, wenigstens für die einzelnen Territorien zu ordnen. Kaiserliche Bestätigung war wohl zur Giltigkeit landesherrlicher Verordnungen nicht nöthig; die vorkommenden Beispiele solcher Bestätigung beschränken sich auf Gerichtsordnungen [96]). Das Verhältniß der Landesgesetze zu den Reichsgesetzen konnte an sich nur ein untergeordnetes sein; der Theorie nach durfte kein Landesgesetz mit den Reichsgesetzen in Widerspruch stehen. Allein in der neueren Zeit wurde der sonderbare Grundsatz geltend gemacht, daß jedes teutsche Land unter zwei mit einander concurrirenden Gesetzgebungen stehe und über das Verhältniß zwischen Reichsgesetzen und Landesgesetzen lediglich die Zeitfolge entscheide (lex posterior derogat priori), wenn nicht das Reichsgesetz zu den Reichsgrundgesetzen gehöre, oder ein absolut gebietendes oder verbietendes, mit keiner salvatorischen Clausel versehenes, Gesetz sei. Nur in diesen beiden Fällen wurde der Landesverordnung die gesetzliche Kraft abgesprochen [97]). Es ist auch noch darauf Rücksicht zu nehmen, ob ein Reichsgesetz in einem Lande zur Bekanntmachung und Observanz gediehen ist, oder ob Landesherren es nicht bekannt gemacht, oder gar gegen ein Reichsgesetz protestirt und Kaiser und Reich sich dabei beruhigt haben. Seit Auflösung des Reichsverbandes sind die Bundesglieder in Ansehung der Abänderung der das Privatrecht, Polizei- und Criminalrecht, Civilproceß angehenden Bestimmungen der Reichsgesetze

---

96) Vgl. die von Runde, teutsches Privatr. §. 43 angeführten Beispiele. Der Grund, warum bei Gerichtsordnungen die kaiserliche Bestätigung verlangt wurde, liegt wohl in der in den Reichsgesetzen enthaltenen Vorschrift, daß bei den Landesgerichten die Norm des kammergerichtlichen Verfahrens beobachtet werden soll. Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 15. J. R. A. §. 137. Auch die Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXXI, §. 9 wird dafür angeführt; diese Stelle enthält aber nichts davon. In den sächsischen Ländern sind auch die ältesten Proceßgesetze (die Leipz. Oberhofgerichtsordn. v. 1493. Const. elect. Saxon. v. 1572 P. I. Kurf. Proceßordn. v. 1622) ohne kaiserliche Bestätigung erlassen worden.

97) Die salvatorische Clausel, z. B. in der peinlichen Gerichtsordnung 1532 am Anfange, ist wohl ihrem ursprünglichen Sinne nach auch nicht so zu verstehen, daß es der Willkür der Fürsten überlassen gewesen wäre, ein nach langjähriger Berathung zu Stande gebrachtes Reichsgesetz anzuerkennen oder durch ein neues Landesgesetz sofort abzuschaffen. Die Clausel enthielt nur einen allgemeinen Vorbehalt sonstiger Gerechtsame, der an sich unnöthig, durch das Mißtrauen der Stände gegen den Kaiser veranlaßt war. Falck a. a. O. §. 121, N. 41. In der peinlichen Gerichtsordnung wurde diese Clausel durch die Protestation der sächsischen Gesandtschaft v. J. 1530 veranlaßt, welche den Sachsenspiegel gegen das Reichsgesetz in Schutz genommen wissen wollte, weil der Sachsenspiegel über manche in dem Reichsgesetz nicht berührte Gegenstände, wie Gewähr, Wehrgeld und Buße, Bestimmungen enthielt. Kress, Comm. ad C. C. C. praefat. §. 21. Emminghaus, Corp. iur. germ. T. I. p. 229. n. *.

unbeschränkt; in kirchlicher und religiöser Beziehung müssen die Reichsgesetze aber noch für fortdauernd maßgebend betrachtet werden. — Der zwischen Kaiser Napoleon und mehreren teutschen Staaten am 12. Juli 1806 geschlossene rheinische Bund, dem die Auflösung des Reiches am 1. August 1806 folgte, und welcher infolge der Leipziger Schlacht im October 1813 sich auflöste, war in Bezug auf die Rechtsquellen für ganz Teutschland ohne Einfluß und selbst die im Art. 2 der Rheinbundesacte enthaltene Erklärung der Reichsgesetze für nichtig und wirkungslos, war der fortdauernden Giltigkeit derselben, soweit sie nicht mit der Reichsverfassung in Verbindung standen, unschädlich. Nur für einzelne teutsche Staaten (Baden) ist der Rheinbund dadurch wichtig geworden, daß in dessen Folge das französische Recht angenommen wurde. Für Gebietstheile anderer teutscher Staaten (Rheinpreußen, Rheinbayern, Rheinhessen) war hingegen deren Einverleibung in das französische Kaiserthum Ursache der Einführung des französischen Rechtes, welches auch nach der Rückkehr dieser Gebietstheile unter teutsche Herrschaft im wesentlichen dort in Geltung geblieben ist. In den Ländern, welche das zum Rheinbunde gehörige Königreich Westphalen bildeten, wurde das dort eingeführte französische Recht nach der Rückkehr der früheren rechtmäßigen Herrscher wieder abgeschafft. Der durch die Bundesacte vom 8. Juni 1815 gestiftete teutsche Bund sollte, soviel unter den schwierigen Verhältnissen möglich, den teutschen Reichsverband ersetzen. Er trägt aber mehr den Charakter einer völkerrechtlichen Verbindung, eines Staatenbundes. Doch gewähren die näheren Bestimmungen der Bundesacte die Möglichkeit, daß die Beschlüsse der Bundesversammlung auch auf innere Verhältnisse der teutschen Staaten sich beziehen und selbst über privatrechtliche Verhältnisse dadurch Bestimmungen getroffen werden können [98]). Auch fehlt es nicht an derartigen Beschlüssen [99]), welche jedoch bis jetzt sich auf Gegenstände beschränken, welche schon durch die Bundesacte der näheren Bestimmung der Bundesversammlung überlassen waren. Die Bundesbeschlüsse gelten in den einzelnen Bundesstaaten erst nach erfolgter Publication. Die durch die teutsche Nationalversammlung im Jahre 1849 beschlossene teutsche Reichsverfassung ist ein bloßes Project geblieben. Wäre sie in das Leben getreten, so wäre dadurch wieder eine allgemeine gesetzgebende Gewalt für Teutschland begründet worden, die zu den wesentlichsten Veränderungen im Rechtszustande hätte führen müssen. Schon die von der Nationalversammlung beschlossenen Grundrechte des teutschen Volkes, welche durch den Bundesbeschluß vom 23. August 1851 wieder aufgehoben

98) Der im Art. 6 der Bundesacte gebrauchte Ausdruck „gemeinnützige Einrichtungen sonstiger Art“ ist umfassend genug, um die verschiedenartigsten Gegenstände den Beschlüssen der Bundesversammlung zu unterziehen.

99) Bundesbeschluß über die Aufhebung des Abzugsrechtes vom 23. Juni 1817. Bundesbeschlüsse über den Nachdruck vom 9. November 1837, 22. April 1841, 19. Juni 1845.

worden sind, haben zu sehr bedeutenden Veränderungen namentlich in den kleineren Staaten geführt.

FF. Quellen des Völkerrechtes[100]). Daß den Verhältnissen unter Völkern und Staaten ein juristischer Charakter beigelegt wird, wenigstens unter den europäischen Staaten, ergeben die Staatsverhandlungen der älteren und neueren Zeit. Es können demnach auch für diese völkerrechtlichen Verhältnisse aus den geschichtlichen Ereignissen unter den Völkern positive Rechtsnormen entstehen. Es fehlt zwar an einer ausdrücklichen Uebereinkunft aller europäischen Völker über die auf ihre Streitigkeiten anzuwendenden Rechtsgrundsätze; nur Verabredungen einiger weniger Staaten sind über einzelne Gegenstände vorhanden. Es kann aber das Dasein des positiven Volkerrechtes von der Existenz einer allgemeinen Uebereinkunft nicht abhängen; vielmehr kommt es nur darauf an, ob und inwieweit die allgemeine Anerkennung völkerrechtlicher Normen in ihrer Anwendung auf einzelne besondere Verhältnisse durch historische Thatsachen erweislich ist, indem unter Voraussetzung, daß die Rechtsidee im allgemeinen anerkannt ist, zur Erzeugung positiver Rechtsnornen die factische Anerkennung im einzelnen genügen muß. In Ermangelung einer gesetzgebenden Gewalt für die Verhältnisse der Staaten, und in Erwägung, daß nicht alle Staaten ausdrückliche Verabredungen, welche auch nur die contrahirenden Theile verpflichten, mit einander geschlossen haben, können nur die Gewohnheiten der Völker und Staaten als Quelle des positiven europäischen Völkerrechtes betrachtet werden. Die Kenntniß dieser völkerrechtlichen Gewohnheiten schöpft man zwar im allgemeinen aus der Geschichte der Völker und Staaten, soweit sie auf die auswärtigen Verhältnisse sich bezieht, besonders aber durch das Studium der zahlreichen neueren europäischen Staatsverträge, welche man jedoch nach dem vorher Bemerkten nicht als Quelle des Völkerrechtes, sondern blos als Hilfsmittel zur Kenntniß der völkerrechtlichen Gewohnheiten anzusehen hat. Die Verträge zwischen Völkern und Staaten, deren Gegenstände sehr verschiedenartig sein können, zeichnen sich vor den privat- und staatsrechtlichen Verträgen durch Manches aus. Dergleichen Eigenthümlichkeiten sind erstlich die neben dem Hauptvertrage häufig vorkommenden Nebenverträge (Separatartikel); zweitens die erst in der neueren Zeit häufig vorkommenden geheimen Artikel, die dem ostensibeln Theile des Vertrages oft erst seine wahre Bedeutung verleihen. Die Sprache, in welcher die Staatsverträge abgefaßt wurden, war früher die lateinische; seit dem Ryswicker Frieden 1697 ist die französische Sprache die diplomatische Sprache geworden. Nur die Staatsverträge der teutschen Staaten untereinander werden in teutscher Sprache abgefaßt. Die Staatsverträge werden regelmäßig durch die Bevollmächtigten der

---

100) Falck, jurist. Encyklopädie §. 136, 137. Heffter, europäisches Völkerrecht §. 7, 8.

Fürsten, oder in Freistaaten der höchsten Staatsbehörde abgeschlossen, bedürfen aber, nach einem in neuerer Zeit allgemein gewordenen Gebrauche auch ohne besonderen Vorbehalt, zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der gegenseitigen Ratification und der Auswechselung derselben. Sie werden vor erfolgter Ratification Tractaten genannt, weil sie vor derselben nur als vorläufige Verabredungen gelten. Die Ratification ist die Beglaubigung, daß der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrages nicht überschritten habe; sie suspendirt daher auch nur die Execution des geschlossenen Vertrages und die ertheilte Ratification setzt ihn rückwärts in volle Kraft, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist[101]. Wegen dieser rückwirkenden Kraft der Ratificationen werden die Staatsverträge nicht nach den Tagen der Ratification, sondern nach dem Tage des Abschlusses angeführt, d. h. der Unterzeichnung durch die gegenseitigen Bevollmächtigten. Heimbach sen.

Rechtsgeschäft. A. Von den Thatsachen überhaupt und den Handlungen insbesondre[1]). Thatsache, factum[2]) überhaupt heißt jedes Ereigniß in der Sinnenwelt, es mag durch menschliche Kraft und Willkür bewirkt werden oder in anderen Ursachen seinen Grund haben, wie in Naturbegebenheiten. Handlung (ebenfalls factum schlechthin, auch factum personae[3]), bisweilen auch actio[4]) genannt) ist die Kraftäußerung eines im Besitz seines Verstandes und seines freien Willens befindlichen Menschen[5]). Für das Recht sind nur die Thatsachen und Handlungen von Bedeutung, welche auf die Entstehung von Rechten oder auf den Untergang entstandener Rechte von Einfluß sind[6]). Man unterscheidet affirmative (auch posi-

---

101) Heffter a. a. O. §. 87.

1) Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. I, §. 17.

2) Bei den Römern wird factum häufig dem ius entgegengesetzt und bezeichnet dann bald thatsächliche Umstände überhaupt, im Gegensatze der darauf anzuwendenden Rechtsgrundsätze, z. B. L. 79. §. 1. D. (5. 1.) L. 24. D. (50. 17.) und in der Redensart: facti quaestio est, non iuris, und ähnlichen, welche gebraucht werden, wenn die Beurtheilung eines Falles nicht wegen der einschlagenden Rechtsgrundsätze, sondern wegen der thatsächlichen Umstände oder der Willensmeinung der Betheiligten zweifelhaft ist; L. 16. sq. D. (1. 5.) L. 94. D. (45. 1.) L. 122. D. (50. 16.); bald solche Thatsachen und Verhältnisse, welche entweder nicht die Natur eines eigentlichen Rechtes haben, wie der Besitz; L. 19. D. (4. 6.) L. 1. §. 3. D. (41. 2.) L. 44. pr. D. (35. 1.) L. 130. D. (45. 1.) oder welche nicht nach streng juristischen Regeln (namentlich nicht nach den Grundsätzen des alten Civilrechtes), sondern nach allgemeinen und freieren Rechtsnormen beurtheilt werden. Mühlenbruch, Pandektenrecht Bd. I, §. 1, N. 9. §. 75. Schilling, Institutionen Bd. II, §. 68 Zus.

3) L. 61. pr. D. (41. 1.) L. 155. pr. D. (50. 17.)

4) L. 7. D. (48. 1.)

5) Was ein Wahnsinniger thut, gilt juristisch nicht als Handlung, sondern als Zufall. L. 61. sq. D. (26. 7.)

6) Sie werden von Savigny, Syst. d. heut. röm. Rechtes Bd. III, S. 3 juristische Thatsachen genannt. Sintenis a. a. O. S. 136, N. 2 hält

tive genannt) und negative Handlungen, je nachdem sie in einem Thun oder Unterlassen bestehen[7]), sowie hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den Rechtsnormen erlaubte und unerlaubte Handlungen (delicta, maleficia). Letztere sind criminalrechtlich und privatrechtlich in Betracht zu ziehen, letzteres in Bezug auf die Verpflichtung zum Schadenersatz und zu einer heutzutage meistens nicht mehr üblichen Privatstrafe. Die Thatsachen und Handlungen, welche auf die Entstehung und den Untergang von Rechten Einfluß haben, müssen als rechtliche Voraussetzungen zu diesen Wirkungen die dazu bestimmten Merkmale und Erfordernisse haben, welche sich nur für die Handlungen im allgemeinen darstellen lassen. Es sind demnach zu unterscheiden:

I. Ereignisse, welche von dem Willen desjenigen, für welchen es sich um Erwerb oder Verlust eines Rechtes handelt, unabhängig sind, wozu auch die Handlungen anderer gehören, insofern diese nicht etwa seiner Bestimmung unterliegen und er diese fremden Handlungen nicht für die seinigen gelten lassen muß. Diese Ereignisse umfassen zugleich die zufälligen Ereignisse; die Natur der Wirkungen dieser Ereignisse ist von denen der folgenden Klasse angehörigen nicht verschieden. Des Gegensatzes zum Ereignisse als etwas wirklich Geschehenem, welcher nichtsdestoweniger bisweilen mit ihm auf gleicher Linie steht, d. h. der Fictionen und Präsumtionen ist bereits früher Erwähnung geschehen[8]).

II. Die Handlungen[9]). 1) Dieselben begreifen einen Entschluß und dessen Ausführung in sich. Eine Handlung setzt Willensbestimmung voraus; nur der kann handeln, wer wollen kann. Die Handlungsfähigkeit, die Möglichkeit zu wollen, hat gewisse Hindernisse, welche sich auf folgende Fälle zurückführen lassen: unreifes Alter, Vernunftlosigkeit, Interdiction und Natur der juristischen Personen[10]). Gänzlich handlungsunfähig sind: a) die noch im Kindesalter stehenden Personen, d. h. solche, welche noch nicht sieben Jahre alt sind[11]);

---

diese Benennung zwar nicht für unpassend, aber für überflüssig, weil selbstverständlich die Thatsachen, welche unter keinem Rechtssatze als Voraussetzungen zur Anwendung einer Regel gestellt werden können, rechtlich nicht in Betracht kommen. Ueber den von Brackenhöft, Identität und Connexität S. 113—130 und in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XI, S. 187 flg. gemachten und in den Erörterungen zu Linde, Civilpr. S. 400, N. 7 wiederholt vertheidigten Gegensatz zwischen juristischem und natürlichem Factum Sintenis, Erl. des Civilpr. Bd. I, S. 213.

7) Savigny a. a. O. S. 3. Sintenis, Civilpr. Bd. I, S. 136.

8) Vgl. den Artikel Fiction und Präsumtion Bd. IV, S. 275 flg.

9) Vgl. den Artikel Handlung Bd. V, S. 105, wo jedoch hauptsächlich in criminalrechtlicher Beziehung davon gehandelt wird.

10) Savigny, System Bd. III, S. 22 flg.

11) L. 1. §. 3. D. (41. 2.) L. 1. §. 12. 13. D. (44. 7.) L. 5. D. (50, 17.) Ursprünglich bedeutet infans denjenigen, qui fari non potest, welcher nicht sprechen kann. Ueber die Entstehung dieser Altersgrenze und deren Abschluß mit dem siebenten Lebensjahre Savigny a. a. O. S. 23—36.

b) Geisteskranke[12]), außer in lichten Zwischenräumen (intermissiones)[13]); bloße Geistesschwäche, wofür die Römer verschiedene Ausdrücke brauchen[14]), macht zu rechtlichen Handlungen nicht unfähig, so lange die daran Leidenden nicht unter Curatel gestellt sind, welche Obrigkeitswegen dann verordnet wird, wenn die Geistesschwäche einen hohen Grad erreicht[15]). Uebrigens ist hier die privatrechtliche Wirksamkeit der Handlungen solcher Personen von der Frage der Zurechnungsfähigkeit in criminalrechtlicher Beziehung streng zu sondern; in privatrechtlicher Beziehung können ihre Handlungen giltig und rechtlich wirksam sein, während in criminalrechtlicher Beziehung ihnen doch die Zurechnungsfähigkeit abgehen kann. c) Diejenigen, deren Vernunftgebrauch zeitweilig gestört und welche deshalb der Bestimmung des eigenen Willens unfähig sind, wenngleich der äußere Schein einer menschlichen Thätigkeit vorhanden ist; die Ursachen dieser zeitweiligen Störung des Vernunftgebrauches können verschieden sein, und in gleichzeitiger körperlicher Krankheit, eigenthümlicher körperlicher Organisation beruhen[16]); auch ein hoher Grad der Betrunkenheit in dem Maße, daß Willenlosigkeit anzunehmen ist, macht wenigstens zu Rechtsgeschäften unfähig, während aus den in einem solchen Zustande begangenen unerlaubten Handlungen wenigstens eine Verpflichtung zum Schadenersatze entsteht, weil der Trunkene, indem er sich berauschte, die culpose Ursache der später erfolgenden Verletzung wurde[17]); dagegen kann der höchste Grad des

---

12) L. 17. D. (28. 1.) L. 22. §. 7. D. (24. 3.) L. 1. §. 3. L. 18. §. 1. D. (41. 2.) L. 1. §. 12. 13. D. (44. 7.) L. 5. 40. D. (50. 17.) §. 8. Inst. (III. 20.) Unerlaubte Handlungen Geisteskranker werden wie Zufall betrachtet. L. 5. §. 2. D. (9. 2.) L. 14. D. (1. 18.) L. 12. D. (48. 8.) Savigny a. a. O. S. 84 flg.

13) L. 6. C. (V. 70.) L. 22. §. 7. D. (24. 3.) L. 14. D. (1. 18.) L. 2. C. (IV. 38.) L. 9. C. (VI. 22.) Einzelne Partikulargesetze verlangen selbst bei lichten Zwischenräumen, daß der Richter, welchen der curator furiosi bestellt hat, nach vorgängiger Untersuchung des Zustandes des Geisteskranken bezeugt, daß er zu der Zeit, wo er eine Disposition über das Vermögen vornimmt, sich bei gutem Verstande befunden habe. Kön. sächs. Vorm. O. v. 10. October 1782 Cap. 24, §. 5.

14) Die römischen Ausdrücke dafür sind stultus, fatuus, insanus, §. 4. Inst. (I. 23.) L. 25. C. (V. 4.) Der Ausdruck mente captus ist doppelsinnig und bezeichnet bald den Wahnsinnigen, bald den Geistesschwachen überhaupt. Savigny a. a. O. S. 85, N. i. S. auch Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 236—244.

15) §. 4. Inst. (I. 23.) L. 2. D. (27. 10.) L. 2. D. (3. 1.) Savigny a. a. O. S. 85.

16) Wie z. B. das fieberhafte Delirium, das Nachtwandeln und der durch magnetische Behandlung bewirkte Somnambulismus. Savigny a. a. O. S. 85, 86, die während eines solchen Zustandes vorgenommenen Handlungen sind weder in privatrechtlicher noch criminalrechtlicher Beziehung als aus freier Willensbestimmung hervorgegangene zu betrachten.

17) Ueber die Trunkenheit Can. 7. Caus. XV. qu. 1. can .5. Dist. 36. can. 3. Dist. 35. Vgl. Savigny a. a. O. S. 87. Unverschuldete Trunkenheit, welche z. B. durch verfälschte Getränke herbeigeführt ist, würde auch in Bezug auf die

Zornes der Trunkenheit nicht gleichgestellt werden[18]). d) Juristische Personen sind unfähig zu Handlungen, weil sie blos fingirte Rechtssubjecte sind[19]). — Eine beschränkte Handlungsfähigkeit haben diejenigen Personen, welchen die Fähigkeit zur Beurtheilung der rechtlichen Folgen ihrer Handlungen nicht zugetraut wird, und welche daher vor Schaden im Rechtsverkehr bewahrt werden sollen. So sind a) Personen, welche des Gebrauches eines gewissen Sinnesorganes beraubt sind, zu den Handlungen, zu welchen sie desselben bedürfen, unfähig[20]); es sind aber für manche besonders wichtige und unentbehrliche Handlungen besondere Formen vorgeschrieben, mit deren Beobachtung auch eine solche Person solche giltig vornehmen kann[21]). a) Schon vor der Volljährigkeit, mit welcher erst die vollständige Handlungsfähigkeit eintritt, zeigt sich eine beschränkte Handlungsfähigkeit in den früheren Altersstufen in einzelnen Aeußerungen. aa) Vom siebenten Jahre an kann ein Unmündiger ohne den Tutor ihm vortheilhafte Handlungen vornehmen, wodurch er Rechte erwirbt, nicht aber solche, wodurch er Schaden erleidet[22]); mit auctoritas tutoris konnte er alle Handlungen, auch

---

Verpflichtung zum Schadenersatz aus einer unerlaubten während dieses Zustandes begangenen Handlung in der Art erheblich sein, daß diese Verpflichtung von Seiten des Trunkenen in Wegfall kommt; nur derjenige würde die Verpflichtung auf sich haben, durch dessen Schuld die Trunkenheit des Urhebers der Handlung veranlaßt ist.

18) Rechtsgeschäfte sind ohnehin in einem solchen Zustande kaum möglich. Die Stellung, worauf man sich berufen hat, um Rechtsgeschäfte in einem solchen Zustande geschlossen, für ungiltig zu erklären, sind L. 3. D. (24. 2.), L. 48. D. (50. 17.) Allein diese Stellen beziehen sich nur auf die bei den Römern üblichen außergerichtlichen Ehescheidungen, und erklären eine in Aufwallung des Zornes ausgesprochene Ehescheidung für wirkunslos. Davon ist auch L. 31. D. (23. 3.) zu verstehen. Schon seit der von Augustus eingeführten feierlichen Form der Scheidung (L. 9. D. (24. 2.) war eine Ehescheidung in erster Aufwallung des Zornes kaum mehr möglich. Vorher genügte zur Ehescheidung der Ausspruch der bei derselben üblichen Worte (L. 1. §. 1. D. (24. 2.), welcher aber mit ruhiger besonnener Ueberlegung geschehen mußte; diese war im Zustande heftigen Zornes nicht möglich. Glück, Erl. d. Pand. Bd. IV, S. 53 flg. Savigny a. a. O. S. 87. Sintenis a. a. O. S. 138, N. 14. Hinsichtlich der Ehescheidungen, die heutzutage gerichtlich geschehen, haben jene Stellen keine praktische Bedeutung mehr. In Ansehung unerlaubter Handlungen und der daraus entstehenden Verbindlichkeit zum Schadenersatz wird heftiger Zorn kein Grund sein, von dieser Verpflichtung zu entbinden, außer insofern derjenige Schadenersatz in Anspruch nimmt, welcher den Zornigen erst gereizt hat; in criminalrechtlicher Beziehung kann gerechter Zorn wenigstens ein Milderungsgrund sein.

19) Savigny a. a. O. S. 89. Nur Corporationen sind in gewissen Beziehungen handlungsfähig, indem in ihrem Gesammtwillen oder in dem verfassungsmäßig oder statutenmäßig erklärten Willen der Mehrheit sich der Wille der Corporation darstellt. Sintenis a. a. O. §. 15, S. 117 flg.

20) §. 3. Inst. (II. 12.) L. 10. C. (VI. 22.)

21) So für Testamente und Codicille Blinder. L. 8. C. (VI. 22.) Notariatsordnung v. 1512 Tit. II, §. 9.

22) Pr. Inst. (I. 21.) L. 28. pr. D. (2. 14.) Vgl. dazu Savigny a. a. O. S. 40, N. a.

ihm nachtheilige oder ihn verpflichtende, mit voller rechtlicher Wirkung vornehmen, was heutzutage, wo die auctoritas tutoris verschwunden ist und der Vormund immer allein für den Mündel handelt, nicht mehr anwendbar ist, wogegen die Frage, inwiefern der Unmündige allein durch seine Handlungen Rechte erwerben und verbindlich werden könne, immer noch praktisch bedeutsam ist[23]). Die Regel, daß der Unmündige allein Rechte erwerben, aber sich nicht verpflichten könne, zeigt sich in folgenden Beziehungen: *α*) er kann Besitz erwerben, aber nicht aufgeben[24]); *β*) er kann Eigenthum erwerben, aber nicht veräußern[25]), was auch von der Erwerbung und der Gestattung anderer dinglicher Rechte gilt; durch Verträge kann der Unmündige zwar eine Forderung erwerben, aber nicht sich verpflichten. Dies gilt unbeschränkt bei einseitigen Verträgen[26]), ursprünglich von Stipulationen, leidet aber auf andere Obligationsverhältnisse Anwendung. Ist mit einem einseitigen Vertrage eine Veräußerung verbunden, wie beim Darlehen die Hingabe von Geld, so kann der Unmündige nicht Gläubiger werden, weil er nicht fähig zu veräußern ist[27]). Eine Verpflichtung eines Unmündigen durch einseitige Verträge kann nur insoweit ausnahmsweise stattfinden, als er durch Empfang von Sachen, wie des Geldes beim Darlehen, bereichert worden ist, und diese Bereicherung zu der Zeit, wo dieselbe im Wege Rechtens geltend gemacht wird, noch vorhanden ist, welchenfalls Klage auf Zurückgabe, oder wenn er klagte, die Einrede der Compensation gegen ihn stattfindet[28]). Ueberall, wo bei voller Handlungsfähigkeit der Vertrag eine vollständig wirksame Obligation hervorgebracht haben würde, wird auf Seiten des Unmündigen eine naturalis obligatio angenommen, welche das Eigenthümliche hat, daß der Unmündige wegen mangelnder Veräußerungsfähigkeit das von ihm daraus Gezahlte zurück-

---

23) Sintenis a. a. O. S. 139, N. 18.

24) L. 1. §. 3. D. (41. 2.) Doch ist der Erwerb dieses Besitzes streitig. Vgl. Savigny a. a. O. S. 49 flg. Sintenis a. a. O. S. 139, N. 19. S. 458, N. 17.

25) §. 2. Inst. (II. 8.) L. 9. pr. §. 2. D. (26. 8.) L. 11. D. (41. 1.) Diese Stellen betreffen die Veräußerung. Anwendungen des zweiten Theiles der Regel enthalten in Bezug auf Freilassung von Sclaven L. 24. D. (40. 2.) L. 30. §. 1—4. D. (40. 5.) L. 9 §. 1. D. (26. 8.) Die Möglichkeit des Erwerbes gründet sich auf die allgemeine Vorschrift in pr. Inst. (I. 21.) L. 9. pr. D. (26. 8.)

26) Pr. Inst. (I. 21.) §. 9 Inst. (III. 19) L. 9. pr. D. (26. 8.) L. 8. pr. D. (29. 2.) L. 41. D. (12. 6.) L. 28. pr. D. (2. 14.) L. 16. pr. D. (4. 4.) L. 11. D. (41. 1.) L. 9. D. (46. 2.) L. 2. D. (46. 4.) L. 1. C. de inutil. stip. (VIII. 38. (39.)

27) L. 9. pr. D. (26. 8.) Ueber die zuständigen Rechtsmittel auf Zurückforderung des hingegebenen Geldes §. 2. Inst. (II. 8.) L. 29. D. (12. 6.)

28) L. 5. pr. §. 1. D. (26. 8.) L. 6. pr. D. (3. 5.) L. 13. §. 1. L. 14. 15. pr. D. (4. 3.) L. 16. pr. D. (4. 4.) L. 9. 10. D. (14. 3.) L. 8. §. 15. D. (16. 1.) L. 1. §. 15. D. (16. 3.) L. 4. §. 4. 23—27. D. (44. 4.) L. 15. 47. pr. §. 1. L. 66. D. (46. 3.) Wegen des Zeitpunktes, auf den hinsichtlich der Bereicherung gesehen wird, L. 37. pr. D. (3. 5.) verglichen mit L. 34. pr. D. (4. 4.) L. 4. D. (44. 1.) L. 47. D. (46. 3.)

forde kann[29]. Zweiseitige Verträge, welche ein Unmündiger allein schließt, verpflichten ihn ebenfalls nicht vollständig, sondern nur naturaliter, wohl aber den anderen Contrahenten, so daß nur der Unmündige auf Erfüllung des Contractes klagen kann, wogegen sich der andere Contrahent mit der Zurückforderung dessen begnügen muß, um was der Unmündige dauernd bereichert worden ist; der Klage des Unmündigen, d. h. dessen Vormundes, auf das Ganze, ohne den Willen, die Gegenleistung zu gewähren, kann der andere Contrahent die exceptio doli auf das Ganze entgegensetzen[30]. Solche Verträge, wodurch der Unmündige von einer Verpflichtung befreit wird, kann er allein mit voller Wirksamkeit schließen[31]. Obligationen erfüllen darf der Unmündige allein, soweit Leistung von Handlungen außer der eigentlichen Zahlung von Geld in Frage ist; denn hinsichtlich der letzteren steht ihm die mangelnde Veräußerungsfähigkeit entgegen[32]. Nachlaßverträge als Gläubiger kann der Unmündige allein nicht schließen, auch keine Forderung aufgeben, folglich auch keine Zahlung mit voller Wirksamkeit in Empfang nehmen, sondern es kommt auch hier wieder darauf an, ob er bereichert

---

29) Das Rückforderungsrecht gestattet L. 41. D. (12. 6.) und an dieser Stelle sowohl als in L. 59. D. (44. 7.) wird eine naturalis obligatio des Unmündigen ausdrücklich in Abrede gestellt, während zahlreiche andere Stellen eine solche anerkennen. Z. B. §. 3. Inst. (III. 30.) L. 35. D. (4. 8.) L. 42. pr. D. (12. 2.) L. 14. §. 3. D. (18. 2.) L. 21. pr. D. (35. 2.) L. 64. D. (36. 1.) L. 25. §. 1. D. (36. 2.) L. 1. §. 13. L. 43. D. (44. 7.) L. 127. D. (45. 1.) L. 1. §. 1. D. (46. 2.) L. 44. 95. §. 2. 4. D. (46. 3.) Es nehmen daher Manche verschiedene Meinungen unter den römischen Juristen darüber an. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche und Erklärungen s. Büchel, Erörter. Bd. II, S. 76 flg. Fritz zu Wening Bd. II, S. 271. Die verschiedenen Meinungen der Neueren finden sich bei Roßhirt, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Criminalr. Bd. I, S. 130 flg. Fritz a. a. O. S. 271 flg. Brandis, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 151 flg. Büchel a. a. O. S. 80 flg. Sie werden zusammengestellt von Sintenis a. a. O. §. 17, N. 24, S. 140 flg. der die hier angenommene, auch von Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 448 flg. adoptirte Meinung näher begründet.

30) Pr. Inst. (I. 21.) L. 5. §. 1. D. (26. 8.) L. 13. §. 29. D. (19. 1.) Die gewöhnliche Meinung stellt es in die Wahl des Tutor, ob er den Vertrag ganz anerkennen, also auch von seiner Seite ganz erfüllen, oder verwerfen will. Sie wird vertheidigt von Donellus, Comm. Lib. XII. c. 22. §. 11. Faber, Rational. ad L. 13. §. 29. D. (19. 1.) Glück, Erl. d. Pand. Bd. IV, S. 69. Bd. XVII, S. 11, N. 12. Bd. XXX, S. 448 flg. und noch von Savigny, Syst. Bd. III, S. 40. S. dagegen Brandis a. a. O. S. 149 flg., 157 und besonders Sintenis a. a. O. S. 142, N. 25.

31) L. 28. pr. D. (2. 14.) Soll eine Verpflichtung des Pupillen dadurch aufhören, daß derselbe eine neue Obligation übernimmt, so ist letztere ungiltig, und die erstere doch erloschen, was aus §. 3. Inst. (III. 30.) sich ziemlich deutlich entnehmen läßt. Sintenis a. a. O. S. 142, N. 26.

32) §. 2. Inst. (II. 8.) L. 19. §. 1. D. (12. 1.) L. 17. §. 1. D. (12. 2.) L. 3. §. 3. D. (14. 6.) L. 9. pr. §. 1. 2. D. (26. 8.) L. 14. §. 8. L. 15. D. (46. 3.) Dagegen kann eine Zahlung dessen, wozu der Unmündige vollständig verpflichtet war, nicht zurückgefordert werden. Sintenis a. a. O. S. 142, N. 27.

worden und ob eine Naturalobligation auf seiner Seite vorhanden ist[33]). Der Unmündige kann auch als Mittelsperson gebraucht werden, um Geschäfte zwischen dritten Personen wirksam zu Stande zu bringen, welchenfalls ihm selbst aber keine weitere Verantwortlichkeit obliegt, als welche auf den allgemeinen Grundsätzen über die Handlungen der Unmündigen beruht[34]). δ) Aus unerlaubten Handlungen wird ein Unmündiger schlechterdings zur Zurückgabe der dadurch erlangten Bereicherung verpflichtet; ist er des dolus schon fähig, d. h. fähig, sein Unrecht zu begreifen, so haftet er gleich einem Volljährigen, was auch bei solchen Obligationen gilt, welche auf einem Vertrage beruhen, wobei aber die einzelne Anwendung der Klage sich auf einen dolus gründet[35]). ε) Zu der zum Erwerbe einer Erbschaft erforderlichen Erklärung ist ein Unmündiger allein nicht fähig, weil mit dem Erwerbe stets die Uebernahme von Verpflichtungen verbunden ist; es gehört dazu immer Mitwirkung des Tutor[36]); ϑ) Unmündige können allein, sie mögen Klägers oder Beklagtens Stelle haben, keinen Proceß führen[37]). — bb) Mit dem Eintritte der Pubertät tritt die Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes ein[38]). Auch werden vor der Pubertät unternommene Handlungen vollständig wirksam, wenn nach der Pubertät die Zusage eidlich bekräftigt wird[39]). Die nach römischem Rechte mit der Pubertät eintretende Beendigung der Tutel und beginnende vollständige Handlungsfähigkeit der puberes, sowie deren freie Verfügung über das Vermögen, (vorbehältlich der Restitution), für patresfamilias auch auf den Todesfall

---

33) L. 28. pr. D. (2. 14.) L. 20. §. 1. D. (46. 2.) L. 15. D. (46. 3.) L. 3. 6. D. (27. 6.) L. 7. pr. D. (20. 6.) und andere von Sintenis a. a. O. S. 143, N. 28 angeführte Stellen.

34) L. 1. §. 4. D. (14. 1.) L. 7. §. 2. D. (14. 3.)

35) §. 18. Inst. (IV. 1.) L. 1. §. 15. D. (16. 3.) L. 13. §. 1. D. (4. 3.) L. 4. §. 26. D. (44. 4.) L. 46. D. (44. 7.) L. 3. §. 2. D. (14. 4.) Die Fähigkeit des Unmündigen, das Unerlaubte seiner Handlung einzusehen, wird in mehreren Stellen (z. B. in den vier ersten) daran geknüpft, daß der Unmündige pubertati proximus sei. Daß diese unbestimmte Altersgrenze aber die individuelle Beurtheilung nicht ausschließe, also das richterliche Ermessen lediglich die Fähigkeit zu beurtheilen habe, s. Savigny a. a. O. S. 37 flg., 42 flg. Sintenis a. a. O. S. 143, N. 30. Bei der Beurtheilung dieser Fähigkeit ist nicht blos die größere oder geringere geistige Entwickelung des Unmündigen, sondern auch die mehr oder weniger einfache Natur der verbotenen Handlung zu berücksichtigen. L. 13. §. 1. L. 14. D. (4. 3.) Dagegen ist der Unterschied zwischen dolosen und culposen Delicten nicht entscheidend, so daß etwa der Unmündige früher zu jenen, als zu diesen für fähig zu halten wäre. Savigny a. a. O. S. 43.

36) §. 1. Inst. (I. 21.) L. 8. pr. D. (29. 2.) L. 9. §. 3. 4. D. (26. 8.) L. 1. C. (VI. 56.) Savigny a. a. O. S. 46 flg.

37) L. 1. §. 2. 4. D. (26. 7.)

38) §. 1. Inst. (II. 12.)

39) Auth. Sacramenta puberum. Cod. Si adv. vendit. (II. 27 (28.)) Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist Streit. Vgl. Glück, Erl. d. Pand. Bd. V, S. 533 flg. Bd. 30, S. 64, der solche behauptet. Vgl. auch den Artikel Eid Bd. III, S. 643 flg.

beschränkt sich im heutigen Rechte auf die beiden angegebenen Fälle[40]). Denn infolge der Veränderung, welche die Vormundschaft über noch nicht volljährige Personen durch die teutsche Praxis und die Reichsgesetze[41]) erfahren hat, fällt der Unterschied zwischen Tutel und Curatel in Bezug auf Minderjährige weg, und die Vormundschaft dauert als Eine bis zur Volljährigkeit fort. Hiernach ist der Gegensatz der pubertas zur Volljährigkeit bis auf die angegebenen beiden Fälle verschwunden. Namentlich ist die mit der Pubertät nach römischem Rechte eintretende vollständige Handlungsfähigkeit weggefallen und somit haben die römischen Stellen, welche den Handlungen der puberes Wirksamkeit beilegen, jetzt keine praktische Bedeutung und es gilt von den Handlungen der Minderjährigen nach erreichter Pubertät im heutigen Rechte dasselbe, was nach römischem Rechte von den impuberes gilt[42]). Keine stehen gebliebene Ausnahme römischer Natur, sondern auf allgemeiner Sitte und Gebrauch beruhende rechtliche Erscheinung ist die, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Altersstufe, herangewachsenen Kindern und noch mehr denen, welche der Volljährigkeit nahe sind, zustehende freie Verfügung über das von ihren Eltern oder Vormündern gegebene Taschengeld oder sonst erworbene kleine Summen, sowie die ihnen zustehende Verwendung der zu sonstigen Zwecken bestimmten Summen zu dem bestimmten Zwecke[43]). — Die Kinder und Unmündigen stehen entweder unter Vormundschaft, oder unter väterlicher Gewalt, oder es ist keines von beiden der Fall, welches letztere bei der der Obervormundschaft obliegenden Pflicht zur Bevormundung selten vorkommen wird. Bevormundete werden in allen das Vermögen betreffenden Angelegenheiten durch den Vormund vertreten, welcher für sie handelt oder handeln soll; daneben sind die Grundsätze über Handlungsfähigkeit oder Unfähigkeit der Bevormundeten in Giltigkeit verblieben, jedoch mit der wesentlichen im heutigen gemeinen Vormundschaftsrechte begründeten Abänderung, daß die Minderjährigen jetzt bis zur Volljährigkeit unter Vormundschaft

40) Das dem römischen Eherechte Angehörige, was zum Theil in das kanonische Recht übergegangen ist, ist hier zu übergehen.

41) Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. XXXI, §. 1, von 1577 Tit. XXXII, §. 1.

42) Savigny a. a. O. S. 82. Sintenis a. a. O. S. 143, N. 32. Doch ist dies sehr bestritten. Namentlich sind die Meinungen darüber sehr getheilt, ob die auctoritas der Vormünder zu Handlungen der impuberes noch anwendbar sei, und darüber, ob Bevormundete, welche die römische Pubertät erreicht haben, noch jetzt ebenso handlungsfähig seien, wie die römischen puberes, welche einen Curator hatten, und ob ihre zufällige Nichtbevormundung einen Unterschied mache. Vgl. Glück, Erl. d. Pand. Bd. XXX, S. 52—77, vorzüglich aber Kraut, Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes §. 52, Bd. II, S. 96—118, der die hier angenommene Meinung ausführlich begründet.

43) Sintenis a. a. O. S. 144, N. 32. Die Grundsätze von peculium profectitium sind schon deshalb darauf nicht anwendbar, weil dies Kinder unter väterlicher Gewalt voraussetzt.

stehen, gleichwie die impuberes bei den Römern, und daß die über die Handlungsfähigkeit oder Unfähigkeit der impuberes nach römischem Rechte geltenden Regeln jetzt auf alle Bevormundeten bis zur Volljährigkeit anzuwenden sind. Für diejenigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, ist, abgesehen von ihrem Alter, die väterliche Gewalt von mannigfachem Einfluß; im allgemeinen aber sind auch hier in Ansehung des Erwerbes von Rechten, sei es für sich, oder für den Vater, die Grundsätze über die Handlungsfähigkeit oder Unfähigkeit Unmündiger maßgebend; hinsichtlich der Uebernahme von Verpflichtungen sind vor allen Dingen die Fälle zu sondern, in welchen der Vater durch Handlungen des Sohnes verpflichtet werden kann; wo aber in Frage kommt, ob sich ein Haussohn selbst verpflichten könne, sind dieselben Regeln, wie für Unmündige, welche nicht unter väterlicher Gewalt stehen, giltig [44]). Das römische Recht nimmt für puberes, welche in väterlicher Gewalt sich befinden, an, daß dieselben auf gleiche Weise verpflichtet werden, wie der paterfamilias [45]). Diese Bestimmung des römischen Rechtes kann aber nicht mehr für anwendbar geachtet werden. Nachdem infolge der durch das teutsche Vormundschaftsrecht herbeigeführten Veränderungen puberes sui iuris sich regelmäßig nicht ohne den Vormund verpflichten können, kann auch für Kinder unter väterlicher Gewalt nach Eintritt der Pubertät etwas anderes nicht angenommen werden; es würde ein Widerspruch sein, wenn Letztere eine vollständig wirksame Obligation übernehmen könnten, während Erstere ohne Vormund aus den von ihnen eingegangenen Geschäften nur naturaliter verpflichtet würden. Es kommt lediglich auf die Volljährigkeit an. Kinder unter väterlicher Gewalt, welche eigenes Vermögen besitzen und noch minderjährig sind, haben hinsichtlich dessen gewöhnlich einen Vormund, der bei dem sog. peculium adventitium ordinarium wenigstens hinsichtlich der die Substanz des

---

44) Daß unmündige Hauskinder nach L. 141. §. 2. D. (45. 1.) ne patre quidem auctore obligirt werden konnten, beruhte darauf, daß nach älterem römischen Rechte der Sohn kein eigenes Vermögen haben konnte und es unnütz gewesen wäre, dem Vater eine ähnliche Macht, wie die auctoritas tutoris zu verleihen, blos damit der Sohn möchte Schuldner werden können. Mit der Möglichkeit des Erwerbes eigenen Vermögens von Seiten der Hauskinder fiel dieser Grund weg. Im neueren römischen Rechte war, als das sog. peculium adventitium aufkam, das Bedürfniß und die Gewohnheit der auctoritas schon so vermindert, daß man wohl deshalb eine besondere Vorkehrung für diesen Fall zu treffen unterließ. Für das sog. pec. adventitium extraordinarium namentlich erhielt der unmündige Sohn einen Curator, der mithin nicht auctoriren konnte. L. 8. §. 1. C. (VI. 61.) Savigny a. a. O. S. 41, N. d. Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. II, S. 628. Es hängt überhaupt im heutigen Rechte die Frage, inwiefern Hauskinder, welche eigenes Vermögen besitzen, handlungsfähig sind, so eng mit der Lehre von der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft zusammen, daß sie nur bei den hierüber handelnden Artikeln beantwortet werden kann.

45) L. 141. §. 2. D. (45. 1.) Pubes vero, qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet.

Vermögens afficirenden Handlungen concurriren muß, also auch bei Uebernahme von Obligationen von Seiten des Unmündigen, insoweit solche aus der Substanz des Vermögens zu erfüllen sind; wogegen insofern die Erfüllung lediglich aus den Nutzungen zu prästiren ist, sowohl der Vater allein giltig Namens seines Kindes sich verpflichten, als von diesem eingegangene Verbindlichkeiten durch seinen Beitritt und seine Einwilligung ohne den Vormund dergestalt wirksam machen kann, daß solche aus den Nutzungen zu erfüllen sind. Ist das Vermögen der minderjährigen Kinder unter väterlicher Gewalt sog. peculium adventitium extraordinarium, so müssen die Kinder in Ansehung desselben schon nach römischem Rechte einen Curator haben, dessen Pflichten im heutigen Rechte dieselben sind, wie jedes anderen Altersvormundes; sie stehen den nicht unter väterlicher Gewalt stehenden Bevormundeten völlig gleich; des Vaters Concurrenz ist in Ansehung dieses Vermögens ganz ohne rechtliche Bedeutung. Hiernach sind der väterlichen Gewalt heutzutage sehr enge Grenzen gesteckt, insoweit eine Verpflichtung der Kinder, mit ihrem Vermögen für Erfüllung der mit Einwilligung des Vaters übernommenen Verbindlichkeiten zu haften, begründet werden soll. Die heutzutage sog. väterliche Gewalt trägt überhaupt jetzt mehr den teutschen Charakter einer Vormundschaft an sich. Es ist also, insoweit nicht die Kinder aus ihrem eigenen Vermögen zu leisten verpflichtet werden, zwar richtig, wenn angenommen wird, daß ein minderjähriges Kind unter väterlicher Gewalt vor der Pubertät mit Einwilligung des Vaters vollkommen giltig Contracte abschließen könne, sowie daß nach der Pubertät bis zur Volljährigkeit die Einwilligung des Vaters zur Giltigkeit der Contracte nothwendig sei[46]; allein da nach dem vorher Bemerkten des Vaters Beitritt ungenügend ist, um ohne Concurrenz des Vormundes eine Verpflichtung des Kindes, aus seinem Vermögen zu leisten, zu begründen, so kann die Einwilligung des Vaters zu den von minderjährigen Kindern geschlossenen Geschäften im heutigen Rechte nur die Bedeutung haben, daß der Vater selbst für die Erfüllung der von den Kindern mit seiner Einwilligung übernommenen Verpflichtungen haften wolle. Hinsichtlich der nicht unter väterlicher Gewalt stehenden, auch nicht bevormundeten Unmündigen, gelten die Grundsätze von der Handlungsfähigkeit der Unmündigen überhaupt. c) Den Unmündigen stehen im Ganzen die gerichtlich erklärten Verschwender (quibus bonis interdictum est, prodigi) gleich. Sie werden an einer Stelle den furiosi gleichgestellt und es wird ihnen die Willensfreiheit gänzlich abgesprochen[47]. In anderen Stellen wird das Verhältniß derselben genauer so bestimmt, daß man sie dem pubertati proximus gleichstellen darf[48].

46) Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. II, S. 629.

47) L. 40. D. (50. 17.) Ueber den Zusammenhang dieser Stelle mit L. 19. §. 20. D (39. 3.) S. Iac. Gothofred. Comm. ad tit. de R. I. L. 40. cit. u. Savigny, Syst. Bd. III, S. 88, N. p.

48) L. 6. D. (45. 1.) L. 9. §. 7. D. (12. 1.)

Ein solcher Verschwender kann nämlich durch Vertrag eine Forderung erwerben, aber sich nicht durch Vertrag verpflichten [49]); er kann nichts veräußern [50]), daher auch nicht giltig Zahlung leisten [51]) und hat nicht die Verwaltung seines Vermögens, welche einem besonderen Curator anvertraut ist [52]). Seine Handlungsfähigkeit geht insofern weiter, als die der Unmündigen, daß er eine Novation vornehmen kann, insofern er dadurch sein Vermögen verbessert [53]), daß er Erbschaften antreten kann [54]), was aber gleichwohl nur unter der Einschränkung gedacht werden darf, daß er seine Lage verbessert [55]); er haftet ferner immer aus unerlaubten Handlungen, weil nur bei Volljährigen die Erklärung für einen Verschwender möglich ist, und er also des dolus immer fähig ist [56]); letztwillig über seinen Nachlaß zu verfügen ist er nicht fähig [57]).

2) Der Wille, als dessen Aeußerung sich eine Handlung darstellt, als deren Folge gewisse rechtliche Wirkungen eintreten, läßt sich von verschiedenen Seiten betrachten [58]): a) der Wille, aus dem eine Handlung hervorgeht, kann sowohl auf den Eintritt oder Nichteintritt gewisser rechtlicher Wirkungen gerichtet sein, als auch ohne dieses und ohne daß der Handelnde sich der Folgen der Handlung bewußt gewesen ist, auf die Handlung selbst. Im letzteren Falle ist der Mangel des Bewußtseins aller der Handlung eigenthümlichen Folgen auf Seiten des Urhebers der Handlung unerheblich, weil dann die Regeln von der Rechtsunwissenheit zur Anwendung kommen. Die Handlung kann Entstehung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses bezwecken, wo es dann darauf ankommt, ob die Möglichkeit, diesen Zweck zu erreichen, nach den Umständen vorlag; lag sie vor, so traten die jenem Rechtsverhältnisse eigenthümlichen Folgen ein [59]). Die Handlung kann aber,

---

49) L. 6. D. (45. 1.) L. 9. §. 7. D. (13. 1.)

50) L. 10. pr. D. (27. 10.) L. 6. D. (45. 1.) L. 26. D. (18. 1.) L. 11. D. (27. 9.)

51) L. 29. D. (12. 6.)

52) L. 1. pr. D. (27. 10.)

53) L. 3. D. (46. 2.)

54) L. 3. §. 1. D. (29. 2.)

55) Inwiefern dazu der Consens des Curator nöthig sei, ist bestritten. Vgl. Savigny a. a. O. S. 89, N. u.. Nach der gewöhnlichen Meinung wird derselbe erfordert. Nach römischem Rechte kann aber, da der Erbschaftsantritt in Person vom Erben geschehen muß, der Consens des Curators, wenn nicht der Verschwender dazu fähig wäre, nichts helfen, weil er nicht die Kraft der auctoritas hat; nur materiell kann der Erbschaftsantritt durch den Verschwender ungiltig sein, insofern die Erbschaft Nachtheil bringt; nur um dergleichen materielle Nachtheile abzuwenden, kann die Einwilligung des Curators nöthig sein. Savigny a. a. O.

56) Savigny a. a. O. S. 89. Sintenis a. a. O. S. 146 flg.

57) L. 18. pr. D. (28. 1.) §. 2. Inst. (II. 12.) Selbst zum Zeugen bei einem fremden Testamente ist er unfähig. §. 6. Inst. (II. 10.)

58) Sintenis a. a. O. §. 17, S. 146 flg.

59) Z. B. bei der Occupation und Specification oder bei der pro herede gestio.

ganz abgesehen von einem solchen Zwecke, Wirkungen haben, die nicht in dem Willen des Handelnden liegen, vielmehr selbst gegen dessen Willen eintreten, wie dies bei allen Störungen und Verletzungen eines Rechtsverhältnisses der Fall ist, von denen eine besondere Klasse mit besonderen Eigenschaften die Delicte oder Vergehen bilden. In dem Falle, wenn der Wille des Handelnden bestimmt auf den Eintritt oder Nichteintritt gewisser rechtlicher Wirkungen gerichtet ist, muß eine bestimmt hervortretende Willenserklärung vorliegen, und diese Handlung, welche mit einer solchen auf gewisse rechtliche Wirkungen gerichteten bestimmten Willenserklärung verbunden ist, heißt ein Rechtsgeschäft. b) Der Wille kann nur dann Wirkungen haben, wenn er wirklich vorhanden ist, d. h. wenn die Absicht eine wahrhafte und geäußert worden ist[60]). Regelmäßig ergiebt die Handlung selbst Beides und in der Regel darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht angenommen werden; daher verdient das Vorgeben, man habe nicht gewollt, was man gethan hat (sog. reservatio mentalis), einer mit Bewußtsein vorgenommenen Handlung gegenüber keine Beachtung[61]). Es kommen aber Fälle vor, wo eine absichtliche Erklärung, ohne den Willen des Handelnden, die rechtlichen Wirkungen, welche sonst regelmäßig an die Willenserklärung geknüpft sind, hervorzubringen, vorliegt. Solche Fälle sind: aa) Worte, welche an sich den vollendeten Willen auszudrücken fähig sind, können gebraucht sein als Ausdruck eines Zustandes der Unentschiedenheit, wo man noch keinen bestimmten Entschluß gefaßt hat und erst auf dem Wege war, künftig einen solchen zu fassen[62]), in welchem Falle eine rechtliche Wirkung jenen Worten nicht beizulegen ist; bb) die bei einem Rechtsgeschäfte gebräuchlichen Worte können zum Scherz gebraucht sein, welchenfalls sie ohne rechtliche Folgen bleiben, vorausgesetzt, daß der Scherz außer Zweifel ist[63]); cc) eine Handlung kann auch blos zum Schein geschehen sein. So können die bei einem Rechtsgeschäfte gebräuchlichen Worte bei einem wirklichen Rechtsgeschäfte, aber in einer blos symbolischen Bedeutung gebraucht sein, so daß der unmittelbare Wortsinn unwirksam bleibt; ein Fall, welcher bei den Römern häufig vorkam[64]), jetzt ungewöhnlich ist. Außer diesem Falle, wo dergleichen

---

60) Auf einen nicht zu erkennen gegebenen Willen wird rechtlich keine Rücksicht genommen. L. 53. §. 2. sq. D. (50. 16.)

61) Daß aus cap. 26. X. (IV. 1.) nicht das Gegentheil abgeleitet werden könne, zeigt Böhmer, Ius eccl. Prot. lib. IV. tit. 1. §. 142. Savigny a. a. O. S. 259, N. a.

62) Z. B. L. 24. D. (29. 1.) Savigny a. a. O. S. §. 134, S. 259 flg.

63) L. 3. §. 2. D. (45. 1.)

64) Z. B. der familiae emtor erhielt bei dem römischen Testamente keine Rechte. Gai. Inst. Comm. II. §. 103. Die Worte des Kaufcontractes hatten bei der Mancipation und in manchen anderen Fällen blos symbolische Bedeutung. Gai. Comm. II. §. 252. L. 66. D. (23. 3.) Hierher gehört auch die sponsio praeiudicialis bei einer älteren Vindicationsform. Gai. Comm. IV. §. 93. 94. Savigny a. a. O. S. 260 flg.

Handlungen als blos nothwendige Formalitäten, aber ohne die ihnen sonst regelmäßig beiwohnenden rechtlichen Folgen erscheinen, können Handlungen zum Schein aus verschiedenen Gründen vorgenommen werden[65]); sie haben ebenfalls keine Wirkung, soweit sie nicht auf Betrug Anderer abzweckten[66]). Besonders ausgezeichnet sind zwei Klassen von Fällen. Entweder ist der Wille bestimmt auf eine Handlung gerichtet, die wirklich gewollte Handlung wird aber aus besonderen Gründen hinter einer anderen verborgen. Dieses ist gestattet, vorausgesetzt daß kein Betrug Dritter dadurch beabsichtigt wird, oder nichts rechtlich Unerlaubtes dadurch erreicht werden soll[67]); nur das wirklich Gewollte ist dann giltig, das zum Schein vorgenommene nur insofern, als das erstere dadurch aufrecht erhalten wird[68]). Oder es ist die Erreichung eines erlaubten Zweckes nur durch ein Scheingeschäft möglich (Simulation[69]); welchenfalls dieses gilt und dadurch der Zweck erreicht wird[70]). — Der Wille kann durch fremdartige Einflüsse bestimmt worden sein, und daher der unter diesen Einflüssen Handelnde sich darauf berufen, daß die Handlung aus seiner wahren Willensmeinung nicht hervorgegangen sei. — Die Willenserklärung kann auf verschiedene Weise zu erkennen gegeben werden. c) Handlungen kann man sowohl für sich, d. h. in eigener Angelegenheit, als für Andere vornehmen[71]). Das Erstere ist die Regel, das Letztere nur Ausnahme[72]). Die Stellvertretung dient theils zur Erleichterung des Rechtsverkehres, indem dadurch die juristischen Organe eines Jeden dergestalt gleichsam vervielfältigt werden, daß so Rechtsgeschäfte zu Stande kommen, die sonst aus thatsächlichen Gründen entweder gar nicht oder nur schwieriger hätten zu Stande

---

65) Z. B. beim Unterricht in einer Sprache oder im Recht, bei dramatischen Vorstellungen. Vgl. L. 55. D. (18. 1.) L. 12. D. (39. 3.) L. 3. §. 2. D. (45. 1.) L. 54. D. (44. 7.)

66) L. 49. D. (19. 1.) Vorausgesetzt wird eine Handlung, welche unter denen, welche an ihr Theil nehmen, als Scheinhandlung feststeht. Ist bei zweideutigen Contracten eine Scheinhandlung des einen Contrahenten auf Betrug des anderen Contrahenten gerichtet, so ist sie entweder an sich schon ein Betrug und nach den darüber geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, oder sie ist vollständig giltig, ohne daß das Vorgeben des Scheines berücksichtigt würde. Sintenis a. a. O. S. 147, N. 46.

67) L. 38. D. (18. 1.) L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 4. 5. D. (24. 1.)

68) L. 46. D. (19. 2.) L. 6. D. (41.) L. 3. 9. C. (IV. 38.) Tit. Cod. Plus valere, quod agitur, quam quod simulatur (IV. 22.)

69) Z. B. L. 66. D. (23. 3.)

70) Vgl. über die Handlungen zum Schein Savigny a. a. O. S. 260, 261 flg. Sintenis a. a. O. S. 147.

71) Savigny, System Bd. III, §. 113, S. 90—98. Sintenis a. a. O. S. 147—150.

72) Namentlich das römische Recht stellt die Regel auf, daß Jeder für sich in Person handeln müsse. Dieser Grundgedanke liegt folgenden Stellen zu Grunde: L. 53. D. (41. 1.) L. 73. §. 4. L. 123. pr. L. 17. L. 1. C. (IV. 27.) §. 5. Inst. (II. 9.) S. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 43 flg. 3. Ausg.

gebracht werden können; theils dient die Stellvertretung als Ersatz für die fehlende eigene Handlungsfähigkeit, wie bei Unmündigen, Wahnsinnigen, erklärten Verschwendern, juristischen Personen; und in letzterer Hinsicht ist die Stellvertretung nothwendig, weil ohne sie die diesen handlungsunfähigen Personen zustehende Rechtsfähigkeit vergeblich und nutzlos sein würde. Das Gebiet, worin die Stellvertretung stattfindet, ist das Vermögen und der Verkehr damit unter den Lebenden. Sie findet nur unbedeutende Anwendung im Familienrechte und im Erbrechte. Bei den Römern bestand ursprünglich der strenge, für den Rechtsverkehr sehr beschwerliche Grundsatz, daß man nur durch die in seiner juristischen Gewalt (potestas, manus, mancipium) befindlichen Menschen vertreten werden könne, und auch nur zum Erwerbe, nicht zur Verminderung des Vermögens[73]). Dagegen war eine wirksame Vertretung durch unabhängige Menschen unzulässig; man konnte durch deren juristische Handlungen weder Rechte erwerben, noch solche aufgeben, noch Verpflichtungen übernehmen, ohne daß das Einverständniß aller betheiligten Personen über diese Vertretung etwas daran ändern konnte[74]). Nach und nach wich man bei zunehmender Lebendigkeit und Vielseitigkeit des Verkehres von diesem strengen Grundsatze ab. Die freie Stellvertretung wurde in einzelnen Fällen zugelassen, zuerst bei dem Erwerbe des Besitzes und den auf den Besitz sich gründenden Erwerbsarten des Eigenthums, wie Tradition und Occupation[75]); dann bei der Veräußerung durch Tradition[76]); nur für die dem alten Civilrechte angehörigen Formen im Verkehre des Eigenthums war die freie Vertretung noch ausgeschlossen. Im Obligationenrechte kam es auch, aber langsamer, zu einer ähnlichen Erleichterung des Verkehres. Bei Contracten, welche dem ius gentium angehörten, ließ man Erwerb von Forderungen und Uebernahme von Verpflichtungen durch Stellvertretung zu und vermittelte beides durch utiles actiones. Bei Contracten hingegen, welche auf der strengen Form des alten Civilrechtes beruhten, bei Stipulationen, blieb deren Schließung durch freie Stellvertretung noch im neuesten römischen Rechte ausgeschlossen[77]). Nur bei einer allgemeinen Verwaltung fremder Geschäfte ließ man Abschließung von Stipulationen als einzelnen Theilen der Geschäftsführung durch den Geschäftsführer zu, woraus die Klagen für und wider den Geschäfts-

---

73) Savigny a. a. O. S. 92, 93.

74) Savigny a. a. O. S. 94.

75) §. 5. Inst. (II. 9.) L. 1. C. (VII. 32.) L. 20. §. 2. D. (41. 1.) L. 1. C. (IV. 27.) L. 11. §. 6. D. (13. 7.)

76) §. 42. 43. Inst. (II. 1.) L. 9. §. 4. D. (41. 1.) L. 41. §. 1. D. (6. 1.)

77) L. 3. C. de contrah. stipul. (VIII. 37. (38.)) L. 1. C. (IV. 27.) §. 4. Inst. (III. 17.) L. 126. §. 2. D. (45. 1.) Vgl. über diese allmäligen Erleichterungen des Verkehres im Verkehre des Eigenthums und im Obligationenrechte Savigny a. a. O. S. 94 flg.

herrn gingen [78]). Daraus bildete sich nun die allgemeine Regel, daß civile Handlungen, als welche im Justinianeischen Rechte nur noch die Stipulationen vorkommen, noch jetzt unter den oben erwähnten Regeln des alten Rechtes stehen, mithin bei ihnen nur Vertretung im Erwerbe und nur durch die in der Gewalt des Erwerbers befindlichen Menschen möglich ist; naturale Handlungen dagegen Vertretung, sowohl durch abhängige als freie Menschen, es mag durch die Handlung erworben oder verloren werden, zulassen [79]). Für das heutige Recht existiren infolge der hier zur Geltung gelangten einheimischen Rechtsansichten die noch im Justinianeischen Rechte begründeten Beschränkungen der freien Vertretung nicht mehr, indem wir keine Stipulationen und keine Sclaven mehr haben, und jetzt alle Handlungen naturale sind; für das heutige Recht ist also Stellvertretung durch Andere unbeschränkt zulässig [80]). Zur Wirksamkeit der Stellvertretung wird das Bestehen eines Verhältnisses zwischen dem Stellvertreter und dem durch ihn vertretenen Principal erfordert, welches entweder auf juristischer Nothwendigkeit beruht, wie Vormundschaft und Curatel, oder auf dem Willen derjenigen, welche eine solche Vertretung wollen, sei nun dieser Wille ein Vertragsverhältniß zwischen diesen und dem Stellvertreter, oder eine letztwillige Verfügung, in welcher der Testirer die Vertretung entweder für handlungsunfähige im letzten Willen Bedachte, oder für die Verwaltung seines Nachlasses oder eines Theiles desselben und zur Ausführung seiner letztwilligen Verfügungen im Interesse der Bedachten anordnet [81]). Obwohl nun hiernach das Rechtsverhältniß zwischen Stellvertreter und Principal nach Verschiedenheit des Grundes, auf dem es beruht, in den einzelnen Arten der Vertretung in Gestalt und Wirkungen sehr verschieden sein kann, so ist dies doch auf die Wirksamkeit der Handlung eines Stellvertreters, wenn dessen Befugniß zur Vertretung eines Principals feststeht, ohne Einfluß. Der Principal hat die von dem Stellvertreter für ihn unternommenen Handlungen wie seine eigenen anzuerkennen; er kann aus ihnen unmittelbar von Dritten verklagt werden, und ebenso unmittelbar gegen Dritte klagen, mit welchen sein Stellvertreter für ihn dadurch in Rechtsverhältnisse getreten ist. Dazu wird aber vorausgesetzt, daß die Handlung selbst die eines Rechtssubjectes, nicht die Wirkung eines bloßen Werkzeuges ist. Es müssen daher von den Stellvertretern unterschieden werden die Mäkler, welche nur ein Geschäft zwischen zwei Personen, welche ein solches

---

78) So bei dem Vormund. L. 2. pr. D. (26. 7.) L. 5—8. D. (26. 9.) und bei dem Procurator zur Proceßführung L. 5. D. (46. 5.)

79) Savigny a. a. O. S. 96, 97. Diese allgemeine Regel ist im Justinianeischen Rechte nur in L. 53. D. (41. 1.) allgemein anerkannt.

80) Savigny a. a. O. S. 98. Mühlenbruch, Cession §. 16 a. E. S. 147, §. 44, N. 1. S. 471. Sintenis a. a. O. S. 148. Vgl. auch den Artikel Mandat Bd. VII, S. 27.

81) Sintenis a. a. O. S. 148 flg.

schließen wollen, vermitteln, und diejenigen, welche blos als Werkzeuge des Handelnden gebraucht werden, wie die Boten. Die Mäkler sind deshalb keine Stellvertreter, weil sie nicht für Einen handeln, sondern in einem Obligationsverhältnisse mit Beiden stehen[82]). d) Zur vollen beabsichtigten Wirkung einer Handlung kann die Einwilligung anderer Personen nothwendig sein, zu denen der Handelnde in besonderen Rechtsverhältnissen steht, wie z. B. in väterlicher Gewalt oder Vormundschaft; oder welche gewisse Rechte an den Sachen haben, an denen durch die Handlung Rechte übertragen oder bestellt werden sollen, z. B. ein Pfandrecht an der vom Eigenthümer, Eigenthum an der vom Emphyteuta zu veräußernden Sache. Die Einwilligung solcher Personen ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Handlung und Willenserklärung zu beurtheilen und bewirkt vollständige Wirksamkeit der ersten Handlung, zu der sie hinzutritt[83]), sobald sie nicht unter Beschränkungen, welche der Natur des Geschäfts nicht zuwider sind, ertheilt ist; ist die Einwilligung nur zu einer bestimmten im voraus verabredeten Art und Weise der Ausführung der Handlung ertheilt worden, so muß die Handlung in der verabredeten Weise ausgeführt sein, wenn die Einwilligung bindend sein soll[84]). e) Damit eine Handlung rechtliche Wirkung habe, muß sie die im Rechte zu ihr vorausgesetzten Erfordernisse haben; widrigenfalls ist sie ungiltig. Die Ungiltigkeit besteht entweder in der Nichtigkeit der Handlung, oder blos in der Möglichkeit, sie anzufechten und ihre Wirksamkeit rückgängig zu machen.

B. Von der Willenserklärung[85]). Die Handlung ist eine Aeußerung des Willens, eine Erklärung desselben. Sie kann aber nicht blos zur Erklärung des Willens, sondern auch zur Erreichung eines unmittelbaren selbstständigen Zweckes vorgenommen sein. Der Wille kann nicht blos durch die Handlung selbst zu Tage gelegt werden, sondern auch durch andere Zeichen, besonders durch Worte, welche ihn kund geben. Hiernach ist Willenserklärung die Handlung, wodurch ein bestimmter Wille mit rechtlicher Wirksamkeit kund gegeben werden soll. Dies kann auf sehr mannigfache Weise geschehen. Außerdem, daß diese verschiedenen Arten der Willenserklärung im Rechte berücksichtigt worden sind, ist auch für manche Fälle Vorsorge getroffen, in denen eine bestimmte Willenserklärung nicht vorliegt, gleichwohl aber die Frage zu beantworten ist, ob eine solche anzunehmen sei oder nicht. Es sind daher folgende Eintheilungen der Willenserklärungen zu unterscheiden: 1) die ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung.

---

82) Sintenis a. a. O. S. 149 flg.

83) L. 4. §. 1. D. (20. 6.) L. 1. §. 2. D. (21. 3.) L. 4. §. 12. D. (44. 4.) L. 11. C. (VI. 42.)

84) L. 4. §. 1. D. (20. 6.) L. 1. §. 2. D. (21. 3.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 150 flg.

85) Savigny, System Bd. III, §. 130—134, S. 237—257. Sintenis a. a. O. §. 18, S. 151 flg.

Der Wille als innere Thatsache läßt sich nur mittelbar durch eine in die Sinne fallende Thatsache erkennen. Hat dieses Mittel der Erkenntniß des Willens nur allein die Bestimmung, als Kennzeichen des Willens zu dienen, so ist die Willenserklärung eine ausdrückliche; hat es aber zunächst eine andere selbstständige Bestimmung, jedoch so, daß es daneben auch den Ausdruck des Willens enthält, so ist die Willenserklärung eine stillschweigende, oder genauer eine Einwilligung durch Handlungen[86]). Beide Arten der Willenserklärung können sowohl durch Worte, als ohne Worte, also durch Handlungen im eigentlichen Sinne geschehen[87]). Das Mittel der ausdrücklichen Erklärung ist vorzugsweise und gewöhnlich mündliche oder schriftliche Rede, welche einander ganz gleich stehen[88]); es können aber auch Zeichen und Geberden dazu dienen[89]), deren eigentliche Bedeutung jedoch erst durch den Zusammenhang, in welchem, und die Umstände, unter welchen sie geschehen, bestimmt wird; sowie auch andere That- und Kraftäußerungen Mittel der ausdrücklichen Erklärung sein können[90]). Die schriftliche Willenserklärung wird seit dem Mittelalter hauptsächlich durch die eigenhändige Unterschrift des eigenen Namens unter eine von dem Unterschreibenden oder einem Anderen herrührende Schrift bewirkt, wodurch er den Inhalt dieser Schrift für seinen Gedanken und Willen erklärt. Sie ist heutzutage so gewöhnlich, daß nach der Meinung Vieler im Volke sie als die

---

86) Der Ausdruck Einwilligung durch Handlungen ist deshalb genauer, weil stillschweigende Willenserklärung mit dem Falle des bloßen Schweigens verwechselt werden kann; es wird aber letzterer Ausdruck wegen seiner größeren Geläufigkeit vorgezogen. Die ausdrückliche Willenserklärung wird von Manchen auch unmittelbare, die stillschweigende mittelbare genannt. Unrichtig ist es, den Unterschied beider Arten der Willenserklärung darin zu sehen, ob der Wille aus einer äußeren Thatsache mit oder ohne Schlußfolgerungen erkannt werden kann, wie z. B. Göschen, Vorlesungen Bd. I, S. 274 thut. Denn eine undeutlich abgefaßte Vertragsurkunde, welche nur durch künstliche Auslegung, die ohne Schlüsse nicht geschehen kann, verständlich gemacht werden kann, ist nichtsdestoweniger eine ausdrückliche Willenserklärung. Savigny a. a. O. §. 131, N. a, S. 242, 243.

87) Darin, daß bei der einen Art durch Worte, bei der anderen ohne Worte, der Wille erklärt werde, kann der Unterschied nicht liegen; denn auch in Worten kann eine stillschweigende Erklärung enthalten sein, wenn sie zunächst zu einem anderen Zwecke gebraucht werden, als um gerade diesen Willen auszudrücken. Savigny a. a. O. S. 243.

88) L. 38. D. (44. 7.) L. 4. D. (22. 5.)

89) L. 21. pr. D. (32.) L. 1. §. 3. D. (38. 4.) L. 52. §. 10. D. (44. 7.) L. 17. D. (46. 2.) L. 6. D. (12. 1.) L. 58. pr. D. (28. 5.)

90) Z. B. Annahme eines übergebenen Geschenkes, Widerstand gegen Ausübung einer Servitut. Da in Handlungen dieser Art der Wille unmittelbar nach einer bestimmten Richtung hin zu erkennen gegeben wird, so kann man die darin liegende Willenserklärung eine ausdrückliche nennen. Manche finden auch in ihnen nur eine stillschweigende. Im Endresultate ist es gleichgiltig, ob man die eine oder die andere darin findet; denn es kommt zuletzt nur darauf an, daß sich der Wille überhaupt bestimmt erkennen läßt. Sintenis a. a. O. S. 152, N. 3.

alleinige giltige Form der ausdrücklichen Willenserklärung gilt; und wirklich haben einzelne Partikulargesetze hinsichtlich mancher Rechtsgeschäfte, sofern sie über eine bestimmte Summe hinausgehen, dieselbe für die allein giltige Form erklärt[91]). — Die stillschweigende Willenserklärung besteht in solchen Handlungen, welche zwar selbstständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen. Die Handlungen müssen so beschaffen sein, daß von ihnen auf das Dasein des Willens sicher geschlossen werden kann (nach der Sprache der Neueren facta concludentia). Hiernach setzt die Annahme einer stillschweigenden Erklärung immer eine wirkliche Beurtheilung der einzelnen Handlung mit Rücksicht auf alle sie begleitenden Umstände voraus, welche Beurtheilung hier ganz dieselbe Stelle behauptet, wie die Auslegung der gebrauchten Worte bei ausdrücklichen Erklärungen. Häufig bedarf es, um in einer Handlung eine Willenserklärung finden zu können, der positiven Mitwirkung äußerer Umstände; ebenso können aber auch entgegenwirkende Umstände den sonst aus der Handlung allein zu ziehenden wohlbegründeten Schluß auf den Willen entkräften. Die einen solchen Schluß ausschließenden Umstände können oft lediglich in dem besonderen Hergange eben dieser einzelnen Handlung liegen; ebenso können sie aber auch einen allgemeinen Charakter haben und sich demnach auf allgemeine Regeln zurückführen lassen. Vor allem dient zur Entkräftung der Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigender Willenserklärung eine ausdrückliche Erklärung, die Protestation oder Reservation[92]). Ferner kann aus erzwungenen oder auf einem Irrthum beruhenden Handlungen kein Schluß auf den Willen des Handelnden gemacht werden[93]). Verwandt mit der stillschweigenden Willenserklärung ist diejenige, welche man aus dem bloßen passiven Verhalten, dem Schweigen, folgert. Das bloße Stillschweigen zu den Handlungen eines Anderen, oder auf die Frage eines Anderen, enthält an sich weder eine Einwilligung, noch eine Ablehnung[94]). Nur Ausnahmsfälle sind es, in welchen das Schweigen als Einwilligung angesehen wird. Diese Fälle gründen sich auf eine vorausgesetzte Verpflichtung, sich zu erklären, welche Verpflichtung entweder in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses (besonders bei Familienverhältnissen), oder in der dem

---

91) Z. B. Anhalt-Bernb. Edict v. 13. Mai 1782.

92) Vgl. den Artikel Protestation.

93) Savigny a. a. O. S. 245, 246. Sintenis a. a. O. S. 154, 155.

94) L. 142. D. (50. 17.) Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare drückt dies aus. Wenn es dagegen in cap. 43. de R. I. in VI. heißt: Qui tacet, consentire videtur, so ist dies keine allgemeine Regel, sondern auf die Ausnahmsfälle, in welchen die Gesetze eine besondere Pflicht des Schweigenden, sich zu erklären, voraussetzen und dann sein Schweigen für Zustimmung annehmen, zu beschränken. Eine Abänderung der Stelle des römischen Rechtes durch die kanonische wird schon dadurch ausgeschlossen, daß die erstere unmittelbar hinter letzterer als cap. 44. de R. I. in VI. folgt. Savigny a. a. O. S. 248, N. a.

Anderen schuldigen Ehrerbietung, oder im Zusammenhange des jetzigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen ihren Grund hat. Sämmtliche Ausnahmsfälle sind rein positiv und das bei ihnen vom Schweigen Geltende darf nicht auf andere ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Die Fälle selbst sind durch das ganze System zerstreut [95]). Es kommt indessen auch bei ihnen vor, daß das Schweigen als Zustimmung aus ähnlichen Gründen nicht angesehen werden kann, aus welchen bei der stillschweigenden Willenserklärung der Schluß aus der Handlung auf den Willen nicht ausgeschlossen wird. Es ist dies möglich, wenn die besonderen Umstände des einzelnen Falles andere Motive des Schweigens ergeben, oder wenn der Schweigende durch Zwang oder Irrthum zum Schweigen bestimmt worden ist. Eine Protestation ist aber in diesen Fällen undenkbar, weil sie stets in einer ausdrücklichen Erklärung besteht, welche den Fall des bloßen Stillschweigens ganz ausschließt [96]). 2) Es ist ferner eine feierliche oder förmliche und eine einfache Willenserklärung zu unterscheiden. Förmliche Willenserklärungen sind diejenigen, deren Wirksamkeit von der Beobachtung einer positiv vorgeschriebenen Handlungsweise abhängig ist, welche allein als Ausdruck dieses Willens gelten soll; förmlich heißt sie, weil eine bestimmte Form bei ihnen gesetzlich nothwendig ist, während solche bei den einfachen Willenserklärungen von der freien Willkür der Handelnden abhängt. Im älteren römischen Rechte kamen die förmlichen Willenserklärungen sehr häufig in der besonderen Gestalt symbolischer Handlungen vor, welche den eigenthümlichen Sinn eines jeden Rechtsverhältnisses symbolisch darstellten und so den Betheiligten und Anderen auf eine in die Sinne fallende Weise veranschaulichten [97]). Aber nicht blos bei den Römern, sondern bei den verschiedensten Völkerstämmen und ganz besonders bei den alten Teutschen waren diese symbolischen Handlungen von hoher Bedeutung [98]). Der Gebrauch symbolischer Rechtsformen gehört überall der Jugendzeit der Völker an; bei vollkommenem Rechtszustande und größerer Ausbildung der Rechtsbegriffe werden solche Formen als Schranken des Verkehres lästig; der Sinn und das Bedürfniß für sie fällt weg; sie verkümmern und verschwinden endlich ganz. Im neueren römischen und im heutigen Rechte ist der Regel noch die Wirksamkeit und Giltigkeit der Willenserklärungen als Rechtsgeschäfte von keiner besonders eingerichteten Handlungsweise, von keinen besonderen Förmlichkeiten und Aeußerlichkeiten abhängig, sondern die Beobachtung solcher Formen steht in der freien Willkür der Han=

---

95) Savigny a. a. O. §. 132, S. 248—252, welcher auch die einzelnen Fälle zusammengestellt hat.

96) Savigny a. a. O. S. 252. Sintenis a. a. O. S. 156.

97) Ueber die Vortheile solcher symbolischen Handlungen vgl. Savigny a. a. O. S. 238 flg.

98) Grimm, über die Poesie im Recht in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. II, Nr. 2, S. 25—99.

delnden; es kommen aber Ausnahmen von dieser Regel vor, deren Zweck meistens die Verhütung von Zweifeln und Ungewißheiten über den Inhalt der Willenserklärungen ist. Mittel zur Erreichung dieses Zweckes sind Errichtung eines schriftlichen Aufsatzes über die Willenserklärung, Zuziehung von Zeugen, Abgabe und Erklärung vor Gericht oder vor Notarien, Bestätigung der Erklärung durch die Obrigkeit oder durch den Regenten. Die meiste Bedeutung haben die Formen bei letztwilligen Verfügungen, und in Teutschland, vermöge in Geltung verbliebener teutschrechtlicher Ansichten, bei den Willenserklärungen, welche Rechte mit unmittelbarer Beziehung auf Grundstücke zum Gegenstande haben. Werden solche Formen willkürlich bei solchen Willenserklärungen, deren Wirksamkeit gesetzlich von der Beobachtung derselben nicht abhängt, angewendet, so sind sie in Bezug auf die Wirksamkeit der Willenserklärung nur dann von Einfluß, wenn der Eintritt dieser Wirksamkeit nach dem ausdrücklichen Willen der Betheiligten von der Beobachtung solcher Formen abhängen soll[99]. Namentlich gilt dies von so häufig heutzutage vorkommender gerichtlicher Verlautbarung der Willenserklärungen, sowie der gerichtlichen Bestätigung. In Bezug auf diese gilt der Grundsatz, daß dadurch das Wesen des Rechtsgeschäftes nicht geändert werde, daß sie zur Giltigkeit und Wirksamkeit einer Willenserklärung an sich nichts beitrage (confirmatio nihil dat novi). Wo bestimmte Formen für gewisse Willenserklärungen gesetzlich als nothwendig vorgeschrieben sind, bewirkt ihre Nichtbeobachtung entweder Ungiltigkeit des Geschäftes, oder eine verminderte Wirksamkeit desselben, oder endlich eine Wirksamkeit in anderer Weise und Gestalt, als beabsichtigt war[100]. 3) Neben den bisher vorgekommenen Fällen der Willenserklärung, bei welchen der durch sie geoffenbarte Wille als ein wirklich vorhandener angenommen wird, giebt es eine geringe Anzahl von Fällen, in welchen der Wille, wenn er auch nicht erklärt worden ist und ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich vorhanden ist, als vorhanden angenommen wird (fingirte Willenserklärung). Bei mehreren dieser Fälle ist allerdings eine allgemeine Wahrscheinlichkeit des Willens, der daher auch ein vermutheter oder präsumtiver genannt werden könnte, vorhanden; in anderen Fällen fehlt es aber an dieser Wahrscheinlichkeit und daher kann die vorhandene oder nicht vorhandene Wahrscheinlichkeit keinen Grund zu einer weiteren Unterscheidung abgeben[101]. Fälle einer solchen fingirten Willenserklärung sind die Befugniß zur Führung eines Processes im Interesse abwesender naher Angehöriger (der sog. vermuthete Auftrag, mandatum praesumtum)[102], für welche man

99) L. 17. C. (IV. 21.)

100) Sintenis a. a. O. S. 157.

101) Daher ist auch der Unterschied zwischen consensus praesumtus und fictus nicht zu rechtfertigen. Savigny a. a. O. S. 253 u. N. a.

102) L. 35. pr. D. (3. 3.) L. 21. C. de procurat. (II. 12. (13.))

als fingirter Procurator auftreten darf, und die Fälle des stillschweigenden Pfandrechtes, sowie die Befugniß des Vaters einer wahnsinnigen Tochter, deren dos nach Auflösung der Ehe zurückzufordern[103]). Inwieweit durch zeitige Protestation der Annahme des Willens hier vorgebeugt werden könne, ist schon anderwärts erörtert worden[104]). — Eine eigenthümliche Art der Willenserklärung ist die Genehmigung von etwas Vorangegangenem (ratihabitio); es genügt hinsichtlich derselben Verweisung auf die schon anderwärts gegebene Darstellung[105]).

C. Von den Rechtsgeschäften[106]). 1) Begriff und Arten. Rechtsgeschäft (negotium[107]), bei den Neueren auch negotium iuris) ist jede die Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bezweckende Willenserklärung[108]). Diese Willenserklärung kann sowohl von einer als von mehreren, d. h. wenigstens zwei Personen ausgehen und erscheint letzteren Falles als Uebereinstimmung (consensus), je nachdem das Geschäft von der Art ist, daß dabei blos eine oder blos mehrere Personen thätig sein können. Man unterscheidet daher einseitige (sog. negotia unilateralia) und zweiseitige Rechtsgeschäfte (sog. negotia bilateralia). Die meisten Rechtsgeschäfte sind zweiseitige und fallen unter den Begriff des Vertrages, d. h. einer übereinstimmenden Willenserklärung Mehrerer in Bezug auf ihre Rechtsverhältnisse, welche dadurch bestimmt werden[109]). Einseitige Rechtsgeschäfte giebt es wenige, und unter ihnen sind die letztwilligen Verfügungen die wichtigsten. Die außer den letztwilligen Verfügungen, welche in das Erbrecht gehören, vorkommenden einseitigen Rechtsgeschäfte gehören dem Obligationenrechte an. Die Verträge sind von allgemeinerer Bedeutung; sie kommen bei allen Rechtsinstituten des Privatrechtes vor; so im Sachenrechte zur Begründung der ihm angehörigen Rechtsverhältnisse, zur Entstehung und Auflösung von Familienrechtsverhältnissen, zur Begründung und Aufhebung von Obligationen; außerdem aber auch im Völkerrechte und Staatsrechte. Nach Zweck und Gegenstand kann man unterscheiden: Geschäfte unter den Lebendigen (negotia inter vivos) und auf den Todesfall (negotia mortis

---

103) L. 2. §. 2. D. (24. 3.) Dieser Fall läßt sich mit unter das mandatum praesumtum bringen. Gegen andere von Savigny a. a. O. S. 255 hierher gezählte Fälle erklärt sich Sintenis a. a. O. S. 157, N. 34 aus triftigen Gründen.

104) Vgl. den Artikel Protestation.

105) Vgl. den Artikel Ratihabition.

106) Schilling, Institutionen Bd. II, §. 69 flg. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 101 flg. Sintenis a. a. O. §. 19.

107) L. 17. §. 3. D. (13. 6.) L. 2. §. 1. 2. D. (44. 7.) L. 83. pr. D. (45. 1.) L. 5. D. (50. 17.) Vgl. Schilling a. a. O. §. 69, N. a.

108) Ueber die verschiedenen aufgestellten Definitionen s. Sintenis a. a. O. S. 164, N. 1, der mit Recht die Aufstellung einer allen Ausstellungen enthobenen Definition für schwierig erklärt.

109) Savigny a. a. O. S. 307—309.

causa), je nachdem ihre Wirksamkeit von dem Tode des einen oder anderen Interessenten abhängig gemacht ist oder nicht. Die letzteren tragen sämmtlich den Charakter der Widerruflichkeit an sich, indem sie jeder Zeit einseitig vom Disponenten wieder aufgehoben werden können; sie sind auch meistens einseitige Geschäfte, mit alleiniger Ausnahme der Schenkung auf den Todesfall. Der teutschrechtliche Erbeinsetzungsvertrag hat eine gemischte Natur; er ist ein Geschäft auf den Todesfall, insofern dadurch ein Erbe ernannt wird; mit den Geschäften unter den Lebendigen hat er das gemein, daß er unwiderruflich ist. Noch unterscheiden die Neueren zwischen entgeltlichen (sog. negotia onerosa) und unentgeltlichen Geschäften (sog. negotia lucrativa oder gratuita), je nachdem durch das Geschäft ein Erwerb gegen eine Gegenleistung gemacht wird, oder nur Ein Theil ohne eine Gegenleistung einen Vortheil zieht [110]). Der bei den Römern so wichtige Unterschied der negotia stricti iuris und negotia bonae fidei und der daraus entspringenden Klagen [111]) ist im heutigen Rechte verschwunden und es haben heutzutage die Geschäfte, namentlich alle Verträge, die Natur der römischen contractus bonae fidei [112]). Der Grund davon liegt hauptsächlich in dem Verschwinden der Stipulation, dann aber auch in ausdrücklicher Vorschrift, nach welcher selbst bei Darlehen, welche bei den Römern zu den contractus stricti iuris gehören, jeder Gläubiger im Falle des Verzuges 5 Procent Zinsen zu fordern befugt ist, mit dem Vorbehalte, einen in dieser Gegend üblichen höheren Zinsfuß beweisen zu dürfen [113]). 2) Bestandtheile der Rechtsgeschäfte. Gewöhnlich pflegt man die allgemeinen wesentlichen

---

110) Die Römer bezeichnen den Erwerb, der ohne Gegenleistung gemacht wird, als lucrativa causa, und rechnen dazu die Schenkung, das Legat und Fideicommiß, die testamentarische und gesetzliche Erbfolge. Vgl. wegen der Schenkung L. 13. §. 5. D. (19. 1.) L. 7. §. 3. D. (6. 2.) L. 108. §. 4. D. (30.) L. 4 §. 29. 31. D. (44. 4.) L. 17. 19. D. (44. 7.) Hinsichtlich der übrigen erwähnten Erwerbe s. L. un. C. de impon. lucrat. descr. (X. 36. (35.)) L. 108. §. 6. D. (30.) L. 83. §. 6. D. (45. 1.) Bei Erbschaften ist die Bereicherung des Erben der regelmäßige Fall; es kann aber der Erwerb einer solchen auch nicht lucrativ sein, wenn im einzelnen Falle die Schulden das Vermögen übersteigen, oder der Erbe einen früheren Berufenen zur Ausschlagung der Erbschaft durch eine Geldsumme bewogen hat. L. 2. §. 1. D. (29. 4.) Der Ausdruck onerosus dagegen bedeutet bei den Römern nur lästig, unbequem, daher causa onerosa im Gegensatze der lucrativa bei ihnen nicht vorkommt. Savigny, System Bd. IV, S. 11, 12.

111) Vgl. darüber hauptsächlich Savigny, Syst. Bd. V, §. 218—220, S. 101—119, sowie auch den Artikel Actio Bd. I, S. 41 flg.

112) Savigny a. a. O. §. 224, S. 137 flg.

113) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 139. Dieses Gesetz kann nicht blos als Aufhebung der bis dahin geltenden entgegengesetzten Regel des römischen Rechtes angesehen werden, sondern es setzt vielmehr stillschweigend voraus, daß im heutigen Rechte alle Verträge die Natur der römischen contractus bonae fidei haben, und will nur den Beweis des landüblichen Zinsfußes durch eine Vermuthung erleichtern. Savigny a. a. O. S. 140.

Eigenschaften oder Erfordernisse aller Rechtsgeschäfte von den besonderen wesentlichen Erfordernissen der einzelnen Rechtsgeschäfte zu unterscheiden[114]), und zählt zu den ersteren die zu Rechtsgeschäften nöthigen Eigenschaften der Personen, z. B. Willensfähigkeit, Rechtsfähigkeit und Dispositionsbefugniß; dann die des Objectes, z. B. daß dasselbe im privatrechtlichen Verkehr ist und der Verfügung der handelnden Person unterliegt; endlich die Erfordernisse der Willenserklärung, daß dieselbe frei, ernstlich gemeint, vollständig und deutlich ausgedrückt sein müsse. Neuerdings hat man sich gegen diesen Unterschied erklärt[115]). Die hier noch zu erwähnende Unterscheidung zwischen essentialia, naturalia und accidentalia negotii bezieht sich nur auf die einzelnen Rechtsgeschäfte. Wesentliche Bestandtheile eines Geschäftes (essentialia oder substantialia negotii) sind alle diejenigen, welche zu dem Geschäfte seinem Begriffe nach gehören[116]). Sie lassen sich nicht im allgemeinen, sondern nur bei den einzelnen Rechtsgeschäften angeben. Natürliche Bestandtheile (naturalia negotii) sind die regelmäßig nach der Natur der Sache oder gesetzlichen Bestimmungen eintretenden, sich sonach von selbst verstehenden Wirkungen eines bestehenden Rechtsgeschäftes[117]), welche im Zweifel allemal als nicht abgeändert anzusehen sind[118]), gleichwohl aber der Abänderung durch Privatwillkür unterliegen[119]). Zufällige Bestandtheile (accidentalia negotii) sind die Erweiterungen oder Einschränkungen der regelmäßigen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes, sowie die Nebenbestimmungen (adminicula) desselben. Sie verstehen sich nie von selbst, sondern bedürfen immer einer besonderen Willenserklärung. Die Nebenbestimmungen beziehen sich theils auf die Modalitäten eines Rechtsgeschäftes, wie Bedingungen, Zeitbestimmungen und modus, theils auf dessen Bestärkung, wie Eid, arrha, Conventionalstrafe; letzteren Falls sind sie auf Verträge beschränkt. Dagegen sind Nebenbestimmungen von allgemeinerer Beziehung die Geschäftsclauseln (clausulae, bisweilen auch adiectio, verba, scriptura), die einem Rechtsgeschäfte zur genaueren Bestimmung seiner rechtlichen Wirkung einverleibten oder angehängten Wortformeln[120]). Mit Rücksicht auf ihren Zweck und Inhalt lassen sich folgende Klassen derselben unterscheiden: a) die Giltigkeitsclauseln,

---

114) Z. B. Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. I, §. 102. Schilling, Institutionen Bd. II, §. 72 flg., 80.

115) Sintenis a. a. O. §. 18, N. 4, S. 165 flg.

116) Das römische Recht bezeichnet bisweilen das wesentlich zu einem Rechte Gehörige durch natura, z. B. in L. 15. §. 1. D. (8. 1.)

117) L. 3. D. (12. 1.) L. 11. §. 1. D. (19. 1.)

118) Vgl. die Stellen der vorigen Note und L. 15. §. 4. D. (19. 2.) L. 4. pr. D. (22. 1.)

119) L. 5. §. 4. D. (19. 5.) L. 10. pr. D. (18. 6.)

120) Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. I, §. 112 und in der Fortsetzung von Glück, Erl. d. Pand. Bd. XXXVIII, S. 169 flg.

nämlich die confirmatorische[121]), die Vorbehaltsclausel[122]), die clausula rati[123]), die Salutarclausel und die derogatorische Clausel[124]); b) die Sicherheitsclauseln, wie die clausula doli[125]), constituti possessorii u. s. w.; c) die Verzichtsclauseln; d) die Aufhebungsclauseln, wohin die clausula rebus sic stantibus gehört; e) die Solennitätsclauseln. Der Gebrauch dieser Clauseln ist nur dann von Nutzen, wenn sie anerkannt und ganz unzweideutig sind; außerdem ist es rathsam, andere Worte zu gebrauchen, welche jeder Ungewißheit vorbeugen. Das Nähere über andere Nebenbestimmungen ist schon in anderen Artikeln vorgekommen[126]).

D. Von fremdartigen Einflüssen auf den Willen des Handelnden[127]). Es kommt im allgemeinen für die rechtliche Natur und Wirksamkeit dessen, was man gewollt hat, nichts darauf an, durch welche Beweggründe der Wille beherrscht und bestimmt worden ist. Es können aber auf die Willensbestimmung Einflüsse einwirken, welche dieselbe als unfrei erscheinen lassen, so daß die Willenserklärung oder Handlung des Handelnden nicht als der wahre und vollkommene Ausdruck seines Willens gelten kann[128]). Diese Einflüsse können entweder von fremden Personen ausgehen, oder in der eigenen Person des Handelnden selbst begründet sein. Das Erstere in dem Falle, wenn Jemand durch Zwang oder Betrug eines Anderen zu einer Handlung veranlaßt worden ist; das Letztere, wenn der Handelnde selbst, ohne durch einen Anderen dazu bestimmt worden zu sein, von unrichtigen Voraus=

---

121) Eine solche ist die Codicillarclausel. L. 29. §. 1. D. (28. 1.)

122) Ein Beispiel in L. 18. D. (29. 7.)

123) L. 65. D. (3. 3.)

124) Ueber letztere Mühlenbruch in Glück, Erl. d. Pand. Bd. XXXVIII, S. 169 flg.

125) L. 4. §. 16. D. (44. 4.)

126) Vgl. die Artikel Bedingung, Causa, Dies, Modus.

127) Savigny, Syst. Bd. III, §. 114, 115, 135—139 und Beilage VIII, S. 98—119, 263—307, 326—472. Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 22, S. 189—203. Ueber den Irrthum bei den Verträgen besonders Richelmann, über den Einfluß des Irrthums auf Verträge, Hamburg 1837. Herrmann, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. f, Bd. VII, S. 121 flg., 229 flg., 433 flg. Bd. VIII, S. 104 flg.

128) Von Savigny a. a. O. S. 100, 104, 108, 115 werden in den später zu erwähnenden Einflüssen, namentlich Zwang und Betrug, in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeiten, welche eine positive Gegenwirkung nothwendig machten, gefunden, so daß demnach hier das moralische Princip auf das Recht einwirke. Es findet sich allerdings in mehreren römischen Stellen die Aeußerung, vis sei contra bonos mores. L. 3. §. 1. D. (4. 2.) L. 116. pr. D. (50. 17.) Allein mit Recht zweifelt Sintenis a. a. O. S. 190, N. 1, ob damit gerade die Moral gemeint sei. Es ist dies um so weniger anzunehmen, als der Ausdruck contra bonos mores bei den Römern nicht nothwendig etwas Unsittliches, moralisch Schlechtes bezeichnet, sondern überhaupt etwas, was gegen den Anstand, gegen die bei den Römern hergebrachten Ansichten von dem, was wohlanständig und gute Sitte sei, verstößt. Z. B. in dem Ausspruche, daß Erbverträge contra bonos mores seien. L. 61. D. (45. 1.) L. 30. C. (II. 3.)

setzungen geleitet worden ist, d. h. bei Erwägung der Beweggründe zur Handlung dabei vorkommende Momente entweder nicht gekannt, oder sie falsch gekannt hat, sich in Unwissenheit oder Irrthum darüber befunden hat. Diese fremdartigen Einflüsse auf die Willensbestimmung und ihre Folgen für die rechtliche Wirksamkeit einer durch sie veranlaßten Willenserklärung sind nun näher zu betrachten.

I. Zwang oder Gewalt (vis) kann durch physische Mittel und durch bloße Einwirkung auf das Gemüth ausgeübt werden. Wird er durch physische Mittel ausgeübt, so daß eine Ueberwältigung durch körperliche Uebermacht stattfindet (bei den Neueren vis absoluta genannt) und der Gezwungene sich blos leidend verhält, so kann von einer Aeußerung des Willens des Gezwungenen gar keine Rede sein; diese ist vielmehr unterdrückt; es ist daher von dieser Art des Zwanges hier nicht weiter die Rede; wird dadurch Jemand von einer Handlung abgehalten, oder zur Unthätigkeit oder zum Dulden veranlaßt, so ist dies unter andere Gesichtspunkte zu bringen, unter denen der des Delictes der vorherrschende ist, wo dann die privatrechtlichen Folgen sehr verschieden sein können[129]). Wird der Zwang durch Einwirkung auf das Gemüth ausgeübt, dadurch nämlich, daß durch Drohung auf den Willen des Handelnden eingewirkt wird (vis compulsiva bei den Neueren), so ist sein Wille nicht unterdrückt; derselbe ist nur nicht frei, sondern durch die Drohung bestimmt, welche zu diesem Zwecke absichtlich Furcht (metus) in dem Handelnden erregt[130]); er handelt, freilich nur in diesem Affecte, und folglich will er; er hat die Wahl zwischen drei möglichen Entschlüssen, entweder die Handlung vorzunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will, oder das gedrohte Uebel durch Widerstand abzuwenden, oder endlich dieses Uebel über sich ergehen zu lassen; wählt er den ersten dieser drei Wege, so ist die Freiheit der Wahl, also seines Wollens vorhanden, und es liegt demnach auch bei dem durch Drohung zu einer Willenserklärung Veranlaßten eine wirkliche Willenserklärung vor. Diese Ansicht bestätigen auch Stellen des römischen Rechtes[131]). Doch kann die durch Drohung entstandene Angst sich auch möglicher Weise zu einem solchen Grade steigern, daß in der That Willenslosigkeit vorhanden ist, wie bei dem Wahnsinn und der äußersten Trunkenheit. Hebt nun gleich der Zwang zu einer Willenserklärung, außer diesem äußersten Falle, die Freiheit des Handelnden nicht auf und hindert die natürliche Wirksam-

129) Diese Folgen zeigen sich z. B. bei dem Erwerbe des Besitzes, bei der Verjährung, bei Wiedererlangung gewaltsam abgenommener Sachen, bei thätlichen Ehrenkränkungen, bei Schädensklagen, specieller. Sintenis a. a. O. S. 190, N. 3.

130) L. 1. D. (4. 2.) Dort wird metus definirt: instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio.

131) L. 21. §. 5. D. (4. 2.) L. 21. 22. D. (23. 2.) Unter dem maluisse hoc videtur der zweiten Stelle ist nicht blos ehrfurchtsvolle Nachgiebigkeit gegen den ernsten Willen des Vaters zu verstehen. Savigny a. a. O. S. 102 flg., N. c.

keit der Willenserklärung nicht, so widerspricht er doch geradezu der durch das Recht bezweckten sicheren und selbstständigen Entwickelung der Persönlichkeit[132]). Daher wird dem solchergestalt beherrschten und bestimmten Willen allerdings rechtlich Wirksamkeit beigelegt und das dadurch entstandene Geschäft als bestehend angenommen, aber nur so lange, als nicht der Zwang dagegen geltend gemacht wird, weil die Handlung selbst ohne Zwang möglich, der Zwang aber vorher mit der Handlung selbst oder im Erfolg sich nicht besonders auf eine in die Sinne fallende Weise äußert, oder sich nicht sicher erkennen läßt[133]). Der Zwang selbst gilt als eine unerlaubte Handlung, gegen deren Wirkungen verschiedene Rechtsmittel Schutz gewähren, deren Verschiedenheit auf dem verschiedenartigen Einflusse beruht, welchen der Zwang auf privatrechtliche Zustände und Verhältnisse äußern kann. Rücksichtlich der Folgen des Zwanges ist, wie bei dem dolus, zu unterscheiden, ob dadurch die ganze Handlung veranlaßt ist, so daß dieselbe ohne den Zwang unterlassen worden wäre (metus causam dans), oder ob dadurch nicht

---

132) Allerdings enthält der Zwang und die Drohung nicht einmal nothwendig ein beabsichtigtes, vorbereitetes Unrecht, da der Drohende möglicherweise gar nicht die ernstliche Absicht zur Vollziehung der Drohung haben kann. In Bezug auf die rechtliche Wirkung ist dies aber gleichgiltig, da die ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen dieselbe ist, es mag der Drohende den Entschluß zur Vollziehung der Drohung gehabt haben oder nicht, weil der Bedrohte davon, ob das Eine oder Andere der Fall sei, keine Kenntniß haben kann. Savigny a. a. O. S. 104, N. e.

133) Ueber die Wirkungen des Zwanges auf die dadurch veranlaßten Willenserklärungen wird viel gestritten. Die angenommene Meinung stützt sich auf folgende Stellen: L. 21. §. 4. 5. 6. D. (4. 2.) L. 21. 22. D. (23. 2.) L. 6. §. 7. L. 85. D. (29. 2.) Man hat unterschieden zwischen Contracten auf der einen Seite, und unter diesen zwischen contractus bonae fidei und stricti iuris, und anderen Handlungen, namentlich einseitigen, wie Testamenten, Antritt und Ausschlagung einer Erbschaft u. s. w. auf der anderen Seite. Vgl. Glück, Erl. d. Pand. Bd. V, S. 474, 484, 485. Diese Unterschiede sind nach den angeführten Stellen ohne Grund. Was namentlich den Unterschied zwischen contractus stricti iuris und bonae fidei betrifft, so sagen zahlreiche Stellen, daß auch rücksichtlich erzwungenen contractus bonae fidei auf Rescission angetragen werden müsse. L. 13. C. (II. 4.) L. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 11. 12. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)) L. 1. 8. C. (IV. 44.) L. 10. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.)) Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 355. Ob man sich dazu der Contractsklage oder der actio quod metus causa bediente, war in Bezug auf die factische Begründung der Klage gleichgiltig; denn immer mußte des Zwanges ausdrücklich Erwähnung geschehen; der Grund, den Paulus in L. 21. §. 5. D. (4. 2.) anführt: tamen coactus volui ist ganz allgemein und spricht für das Bestehen erzwungener Geschäfte, so lange, bis der Zwang dagegen geltend gemacht wird. Man hat Ausnahmen davon in mehreren Stellen gefunden (L. 21. §. 3. L. 22. D. (4. 2.) L. 1. §. 1. D. (26. 8.) L. 20. §. 10. D. (28. 1.) L. 1. C. (6. 34.) und auf deren Grund eine Nichtigkeit erzwungener Geschäfte behauptet. Allein die darin gebrauchten Ausdrücke: obligatio non valet, nullius momenti est, welche auch vom Testamente darin gebraucht werden, sind trüglich. Sintenis, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVII, S. 290, N. 1. Bd. XVIII, S. 30, N. 2 und Civilr. S. 191, N. 5.

das ganze Rechtsgeschäft, sondern nur gewisse Bestimmungen desselben veranlaßt worden sind (metus incidens); im ersten Falle kann es zur Aufhebung des ganzen Geschäftes in allen seinen Wirkungen kommen; im zweiten wird nur ein Anspruch auf Entschädigung begründet. Insbesondre aber erzeugt der Zwang als Delict eine Obligation zwischen dem Urheber des Zwanges und dem Gezwungenen, welche durch eine besondere Klage geltend gemacht werden kann. Auch giebt der Zwang in Ermangelung anderer Rechtsmittel einen Grund zur Restitution ab. Die Voraussetzungen, unter welchen der Zwang diese Wirkungen haben kann, sind: 1) die Drohungen müssen ein bedeutendes Uebel besorgen lassen, nämlich Gefahr für das Leben, den Körper[134]), oder die Freiheit, für letztere allein durch factische Entziehung derselben durch Gefängniß oder Fesseln[135]). Gleichgiltig ist, ob dem Handelnden für sich selbst, oder für seine Kinder eine solche Gefahr angedroht wird[136]). Nicht hinreichend, um auf Zwang gegen die Verbindlichkeit von Willenserklärungen sich zu berufen, sind Bedrohungen des guten Rufes[137]) und des Vermögens, namentlich Bedrohungen mit Processen, seien es Civilklagen oder Criminalklagen[138]). 2) Die Besorgniß, welche durch die Drohung hervorgerufen wird, darf keine leere, eitle, sondern muß eine gegründete, eine solche sein, welche auch einen beherzten Menschen befallen kann[139]); es müssen also die Umstände, unter welchen die Drohung geschieht, deren unmittelbare Ausführung mit Recht erwarten lassen.

134) L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. L. 8. §. 2. D. (4. 2.) L. 3. D. (4. 6.) L. 13. C. (II. 4.) L. 7. C. de his, quae vi (II. 19. (20.))

135) L. 7. §. 1. L. 22. 23. §. 1. 2. D. (4. 2.) Dagegen ist die Drohung, Jemanden zum Sclaven zu machen (L. 4. 8. §. 1. D. (4. 2.)), wegen des Verschwindens der Sclaverei in Teutschland nicht mehr praktisch.

136) L. 8. §. 3. D. (4. 2.) Was von den Kindern gilt, ist wohl ohne Bedenken auch von den Ehegatten und Eltern und anderen nahen Angehörigen zu verstehen, da es nur auf die Stärke des psychologischen Zwanges ankommt und diese in Bezug auf solche Personen eben so groß sein kann.

137) L. 7. pr. D. (4. 2.) Der timor infamiae kann sowohl auf Zuziehung wirklicher Infamie gehen, wobei indessen nicht zu übersehen ist, daß die Fälle, in welchen die römische infamia eintritt, zur Hervorbringung der weit härteren teutschen Ehrlosigkeit nicht genügen, als auf Verletzung des guten Rufes durch üble Nachreden.

138) L. 7. pr. D. (4. 2.) L. 10. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)) Doch wird gegen Bedrohung mit Klagen, um Geld oder Geldeswerth zu erpressen, auf andere Weise Schutz gewährt, nämlich in dem Edict de calumniatoribus (Dig. 3. 6.) Auch wird die Erpressung criminell bestraft. Auch gegen andere Drohungen einer blos auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung wird Schutz gewährt, z. B. durch die condictio ob turpem causam L. 2. pr. L. 4. §. 2. D. (12. 5.) Savigny a. a. O. S. 106, N. p. S. 107, N. r.

139) Metus iustus, non vani hominis, sed qui merito in homine constantissimo cadat. L. 2. §. 1. L. 3. D. (4. 6.) L. 5—7. 9. pr. D. (4. 2.) L. 184. D. (50. 17.) cap. 6. X. (I. 40.) Es möchte hier aber wohl im Einzelfalle zu unterscheiden sein, zu welchem Geschlechte der Bedrohte gehört. Der sog. metus reverentialis ist nicht genügend. L. 22. D. (23. 2.)

II. Arglist, Betrug (dolus) bedeutet in diesem Zusammenhange[140]) die rechtswidrige Täuschung Jemandes, um ihn zu einer Handlung oder Unterlassung zu bewegen. Nothwendig ist die Absicht, dem Betrogenen einen Nachtheil zuzufügen, daher der dolus hier malus heißt[141]), im Gegensatze des dolus bonus, der erlaubten List, welche zur Sicherung gegen widerrechtliche Beschädigungen gebraucht wird[142]). Die Täuschung wird entweder bewirkt durch positive Thätigkeit oder durch blos leidendes Verhalten, also durch wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, welchen man nicht selbst hervorgebracht hat. Soll dolus im blos leidenden Verhalten liegen, so muß zwischen Zweien ein solches Verhältniß bestehen oder über dessen Errichtung verhandelt werden, worin der Eine vor dem Anderen Wahrheit und Offenheit zu erwarten berechtigt ist, so daß hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganze betrachtet werden muß[143]). Die Wirkungen des Betruges sind verschieden, je nachdem durch ihn die ganze Handlung veranlaßt ist, so

---

140) Die Bedeutungen von dolus sind sehr verschieden, und darnach auch seine Wirkungen. Er bezeichnet 1) bei allen Delicten die böse Absicht, den rechtswidrigen Vorsatz, z. B. L. 14. §. 13. D. (4. 2.) L. 23. §. 9. D. (9. 2.); 2) in Contractsverhältnissen die absichtliche Nichterfüllung der durch den Contract begründeten Verpflichtungen; 3) den Gegensatz der bona fides bei contractus bonae fidei, z. B. L. 3. §. 3. D. (17. 2.); 4) eine nicht schon unter einen anderen Begriff fallende rechtswidrige Beschädigung, welche die actio doli erzeugt; 5) im weitesten Sinne kann dolus für jedes der in den Gesetzen in gewissen Fällen als wirksam anerkannten Billigkeit zuwiderlaufende Benehmen genommen werden, von da an, wo Jemand nur etwas fordert, was ihm nicht zukommt, bis zu der Bedeutung der exceptio doli (generalis). Sintenis a. a. O. S. 192, N. 9. Diese exceptio doli ist jede selbstständige, auf einen unmittelbar aus der Entstehung oder einem späteren Ereignisse hergenommenen Umstand gestützte Behauptung, welche im Falle der thatsächlichen Begründung dieses Umstandes die Verurtheilung des Beklagten als Verstoß gegen das materielle Recht darstellt. Ein bloßes Billigkeitsgefühl darf dabei nicht den Ausschlag geben; die in den Quellen vorkommenden Fälle können nur als Beispiele dienen. Helmolt, Verhältn. der Exceptionen zur Beweislast S. 184 flg. Bloße Ueberredung, Anpreisung, Empfehlung, Rath, Bevortheilung im Handel durch Erlangung eines den wahren Werth übersteigenden Preises, fallen nicht unter den dolus. L. 3. D. (29. 6.) L. 3. C. (VI. 34.) L. 16. §. 4. D. (4. 4.) L. 22. §. 3. D. (19. 2.) L. 43. D. (18. 1.) L. 19. pr. D. (21. 1.) L. 10. C. (IV. 44.) Nur ein wirklicher bei dieser Gelegenheit begangener dolus kommt in Betracht. L. 9. §. 1. D. (4. 3.) L. 7. C. de dolo malo (II. 20. (21.))

141) L. 1. §. 3. D. (4. 3.) In gleicher Bedeutung wird auch fraus gebraucht. L. 7. §. 10. D. (2. 14.) L. 3. §. 3. D. (17. 2.) Daher werden dolus und fraus auch öfters als synonym zusammengestellt, als Gegensatz der bona fides. Doch werden beide auch öfters unterschieden. So wird dolus zunächst auch auf die Absicht, fraus auf den dadurch erreichten Erfolg, auf eine wirkliche Bevortheilung bezogen, und daher häufig in der römischen Geschäftssprache miteinander verbunden, z. B. in der Clausel: dolo malo fraudisve causa. Forcellini, totius latinitatis Lexicon s. v. fraus. Vgl. auch Mühlenbruch zu Glück, Erl. d. Pand. Bd. XXXVI, S. 80 flg., N. 72.

142) L. 1. §. 2. 3. D. (4. 3.)

143) L. 35. §. 8. L. 43. §. 2. D. (18. 1.) L. 11. §. 5. D. (19. 1.) L. 4. §. 4. D. (21. 2.) Savigny a. a. O. S. 119.

daß sie ohne ihn unterlassen worden wäre (dolus causam dans), oder die Handlung auch ohne ihn unternommen worden sein würde, aber nicht in der Art und Weise, wie sie unternommen ist, so daß der dolus nur als Veranlassung einzelner Bestimmungen eines Geschäftes erscheint (dolus incidens). Jener kann Aufhebung des Geschäftes mit allen seinen Wirkungen zur Folge haben, dieser nur einen Anspruch auf Entschädigung begründen[144]).

---

144) Ueber den Streit hinsichtlich der Wirkung des dolus auf Rechtsgeschäfte in Verbindung mit jener Eintheilung s. Sintenis a. a. O. S. 193 flg. N. 13, der die einzelnen Ansichten darstellt. Nach der gemeinen vor Noodt herrschenden Ansicht bestanden negotia stricti iuris ungeachtet des dolus, konnten aber durch actio oder exceptio doli rescindirt werden; bei negotia bonae fidei unterschied man zwischen dolus causam dans und incidens, und nahm im Falle des ersteren Nichtigkeit des Geschäftes an. Von Noodt, de forma emendandi doli mali c. 3., dem Viele beitreten (s. die bei Glück, Erl. d. Pand. Bd. IV, S. 115, N. 8 Genannten), wurde ausgeführt, daß jene Eintheilung des dolus in den Quellen nicht begründet sei, und ipso iure eintretende Nichtigkeit der negotia bonae fidei angenommen. Dagegen nahm Glück a. a. O. die frühere Ansicht wieder in Schutz, suchte die Eintheilung aus L. 7. pr. D. (4. 3.) L. 13. §. 4. D. (19. 1.) als in den Quellen begründet nachzuweisen und machte hinsichtlich der Folgen des dolus folgenden Unterschied: im Falle des dolus beider Contrahenten könne keiner klagen (L. 36. D. (4. 3.) L. 3. §. 3. D. (2. 10.) L. 57. §. 3. D. (18. 1.); im Falle des dolus nur des einen Contrahenten komme es darauf an, ob der dolus causam dans oder incidens sei; ersterer stehe bei negotia bonae fidei der Einwilligung geradezu entgegen und erzeuge ipso iure Nichtigkeit (L. 7. pr. D. (4. 3.) L. 16. §. 1. D. (4. 4.) L. 3. §. 3. D. (17. 2.)), so daß der Betrogene die Contractsklage auf Vernichtung des Contractes anstellen könne (L. 11. §. 5. D. (19. 2.); negotia stricti iuris seien an sich giltig, könnten aber durch actio oder exceptio doli angefochten werden; heutzutage würden alle Geschäfte als bonae fidei betrachtet; ein von einem Dritten ausgegangener dolus begründe, abgesehen vom Mandatsverhältnisse, nur einen Anspruch des Betrogenen gegen den Betrüger; auch der Uebergang des Eigenthums würde durch dolus causam dans gehindert, da ja der ganze Handel nichtig sei, daher auch der Betrogene die rei vindicatio gegen Dritte habe. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 323 flg. behauptet umgekehrt, daß nie Nichtigkeit des Geschäftes eintrete, sondern immer erst auf dessen Aufhebung zu klagen sei, es aber von den Umständen des einzelnen Falles abhänge, ob die Aufhebung oder nur das Interesse verlangt werden könne. Sintenis a. a. O. ist, was das Erstere betrifft, darin einverstanden, daß Nichtigkeit des Geschäftes nicht eintrete, dagegen nimmt er jene Eintheilung in Schutz. Dieser Ansicht ist man gefolgt. Denn erstlich spricht für den Bestand des Geschäftes, daß der Wille des betrogenen Handelnden doch unzweifelhaft vorhanden ist, was nicht blos von Verträgen, sondern von allen Geschäften gilt. Zweitens ergeben unzweideutige Zeugnisse der Quellen, daß ein Geschäft ungeachtet des Betruges nicht nichtig ist; z. B. kann eine Forderung, welcher die exceptio doli entgegenstehen könnte, giltig novirt und delegirt werden. L. 12. 19. D. (46. 2.); der betrogene Verkäufer kann die verkaufte Sache nicht vindiciren, sondern sich nur an den Käufer halten und Aufhebung des Geschäftes verlangen. L. 10. C. (IV. 44.) L. 11. §. 5. D. (19. 1.) Es steht daher bei dem Betrogenen, das Geschäft gelten zu lassen. L. 30. C. (II. 4.) Der Unterschied des dolus dans und incidens ist in den Quellen anerkannt. L. 7. pr. D. (4. 3.) L. 12. §. 1. D. (23. 2.) Anwendungen sind vom dolus causam dans enthalten in L. 11. §. 5. D. (19. 1.) L. 4. §. 4. D. (21. 1.); vom dolus incidens in L. 13. §. 4. L. 32. D. (19. 1.) Etwaige factische Schwie-

III. Irrthum begreift im juristischen Sprachgebrauche sowohl die bloße Nichtkenntniß, die Unwissenheit, als die falsche Vorstellung statt der richtigen. Gemeinsam ist beiden der Mangel der Kenntniß der Wahrheit; dieser Mangel allein ist wesentlich und deshalb ist die rechtliche Beurtheilung beider dieselbe [145]). Der Irrthum kann seinem Gegenstande nach sehr mannigfaltig sein; seiner rechtlichen Bedeutung nach sind folgende drei Gesichtspunkte möglich: 1) der Irrthum kann durch dolus eines Anderen veranlaßt sein; solchenfalls herrscht der Begriff des dolus vor und ist hinsichtlich der rechtlichen Folgen allein entscheidend. Nur wenn die durch dolus verursachte Täuschung der Willenslosigkeit gleichkommt, ist letztere vorherrschend; nur die Frage über Entschädigung wegen des verübten dolus bleibt für sich bestehen. 2) Der Irrthum in seinem Einflusse auf Rechtsgeschäfte kommt als Beweggrund zu einer Willenserklärung in Betracht, indem es sich von den rechtlichen Wirkungen einer dadurch veranlaßten Willenserklärung für und wider denjenigen, von welchem die Willenserklärung ausgegangen ist, handelt. Es ist dabei vorauszusetzen, daß ein Wille wirklich existirt hat und eine Handlung mit rechtlicher Bedeutung, d. h. zu dem Zwecke der Entstehung, Aufhebung oder Abänderung eines Rechtsverhältnisses, wirklich vorgegangen ist, welche ohne den Irrthum die regelmäßigen Wirkungen haben würde. Es sind hier folgende Fälle des Irrthums möglich. a) Wird eine Handlung nicht für sich in Betracht gezogen, sondern nur insofern, als sie als stillschweigende Aeußerung eines bestimmten Willens angesehen werden soll, der daraus geschlossen

---

rigkeiten des einzelnen Falles können der Annahme dieses Unterschiedes nicht entgegenstehen; es kommt hier auf die Behauptung des Klägers und deren Beweis an Allerdings muß das Dasein einiger Ausnahmsfälle anerkannt werden, in welchen eine Handlung wegen dolus von Anfang an nichtig ist; so bei negotia bonae fidei im Falle des dolus beider Theile (L. 57. §. 3. D. (18. 1.)) und wenn eine societas betrüglicher Weise eingegangen ist. L. 3. §. 3. D. (17. 2.) L. 16. §. 1. D. (4. 4.) Die hierbei gebrauchten Ausdrücke machen eine gleich anfängliche Nichtigkeit des Geschäftes unzweifelhaft, welche übrigens Burchardi a. a. O. S. 335 flg. bestreitet. Im ersteren Ausnahmsfalle liegt der Grund der Ungiltigkeit in der Compensation des beiderseitigen dolus, welche auf der Annahme beruht, daß kein Theil das Geschäft im Ernste wirklich gewollt habe; im zweiten in dem besonderes Vertrauen voraussetzenden Verhältnisse der Gesellschafter, mit welchem jeder dolus unvereinbar ist.

145) So wird die Verschiedenheit der Begriffe ignorantia iuris und error iuris allgemein anerkannt; ebenso herrscht aber auch über die Gleichheit beider in rechtlicher Beziehung allgemeines Einverständniß. Donellus, Comm. iur. civ. lib. I. c. 19. §. 5. Mühlenbruch, im Arch. f. civil. Praxis Bd. II, S. 370. Savigny a. a. O. S. 111. Dasselbe gilt von den Begriffen error facti und ignorantia facti. Genauer und erschöpfender wäre es, überall von Unwissenheit zu reden, weil damit das Wesen des mangelhaften Zustandes des Bewußtseins am allgemeinsten bezeichnet wird. Häufiger ist aber bei den Juristen vom Irrthum die Rede, weil das Dasein einer falschen Vorstellung statt der richtigen häufiger vorkommt, als die bloße Unwissenheit; dieser Sprachgebrauch ist auch unbedenklich, wenn man das vom Irrthum Gesagte auch von der Unwissenheit gelten läßt, und darüber herrscht Einverständniß. Savigny a. a. O.

werden soll, so darf kein Irrthum dabei vorhanden gewesen sein, welcher jenen Schluß ausschließt; jeder Irrthum schließt die Annahme des fraglichen Willens aus, welcher gar nicht als existirend betrachtet werden kann[146]. b) Wenn eine Handlung an sich nicht so geeigenschaftet ist, daß sie rechtliche Folgen haben kann, z. B. sie gar nicht den Zweck der Begründung eines Rechtsverhältnisses hat, sondern aus Irrthum das Bestehen eines solchen Rechtsverhältnisses vorausgesetzt, eine Handlung als mit rechtlicher Wirksamkeit geschehen angenommen wurde, welche sie nicht hat, so tritt weder ein solches Rechtsverhältniß, noch ein rechtlicher Erfolg dadurch ein; die Handlung und der Irrthum sind ohne allen Einfluß[147]. c) Wenn die Handlung an sich von rechtlicher Wirksamkeit sein kann, d. h. der Handelnde durch seine Willenserklärung die Entstehung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bezweckt, so ist möglich, daß sie im Irrthum über einen Umstand geschieht, dessen Dasein oder Nichtdasein so wesentlich zum Begriffe der Handlung gehört, daß dieselbe im umgekehrten Falle als nicht geschehen erscheint[148]. Hinsichtlich dieser Umstände ist zu unterscheiden: aa) sie können von der Art sein, daß der Wille des Handelnden darauf gar keinen Einfluß äußern kann, vielmehr unabhängig von dem Willen und selbst gegen den Willen[149]) die Handlung nichtig ist, wo es also ganz gleichgiltig ist, ob sich der Handelnde im Irrthum befindet oder nicht; z. B. wenn das Object der Handlung dem Verkehr entzogen oder dessen Veräußerung verboten

---

146) Eine freiwillige Prorogation der Parteien, welche sich vor einem incompetenten Gerichte einlassen, kann nicht angenommen werden, wenn sie das Gericht irriger Weise ohnehin für competent hielten. L. 2. pr. D. (5. 1.) L. 15. D. (2. 1.) Wenn ein zur Erbschaft Berufener irriger Weise erbschaftliche Geschäfte besorgt, in der Meinung, sie seien seine eigenen, so kann keine pro herede gestio angenommen werden. L. 20. pr. D. (29. 2.) Einen anderen solchen Fall enthält L. 19. 20. D. (39. 3.) Savigny a. a. O. S. 364, 365.

147) Wenn z. B. ein Eigenthümer fälschlich seine Sache für das Eigenthum eines Anderen hält und diese Meinung wirklich ausspricht, so schadet dies seinem Eigenthum nichts. L. 18. C. (III. 32.) Dasselbe gilt von dem Falle, wenn er, in demselben Irrthum befangen, einem Anderen, welcher dieselbe Sache gegen einen Dritten vindicirt, im Processe beisteht. L. 54. D. (6. 1.) Ebenso, wenn er dem Anderen, welchen er für den Eigenthümer hält, die Früchte der Sache zukommen läßt. L. 79. D. 31. Andere Beispiele enthalten L. 5. 8. 9. C. (I. 18.) L. 20. pr. D. (10. 2.) L. 13. pr. §. 1. 10. D. (49. 14.) Savigny a. a. O. S. 440 flg. Solche Erklärungen und Handlungen kommen gewöhnlich bei Gelegenheit anderer vor.

148) Dieser Unterschied, namentlich in den Folgen, liegt auch der Eintheilung in wesentlichen und außerwesentlichen Irrthum zum Grunde; man fehlte aber darin, daß man beide Arten als Glieder einer Gattung betrachtete, während doch der sog. wesentliche Irrthum eigentlich eine Willenslosigkeit, ein Nichtwollen aus Irrthum ist, den Savigny a. a. O. S. 263 flg., 328, 440 flg., 446 als unechten Irrthum scharf vom echten, dem Irrthum im eigentlichen Sinne trennt. Sintenis a. a. O. S. 196, N. 19.

149) L. 6. pr. L. 34. §. 2. D. (18. 1.)

ist[150]); wenn derjenige, welcher das Geschäft eingeht, keine Dispositionsbefugniß, oder bei Veräußerungen der Veräußerer keine Veräußerungsbefugniß hat; wenn das Geschäft verboten oder für rechtlich unwirksam in den Gesetzen erklärt ist; wenn ein sonstiger Mangel in den Erfordernissen zum Dasein des Geschäftes vorhanden ist[151]), namentlich Vernachlässigung der als nothwendig vorgeschriebenen Form. bb) Andere für den rechtlichen Begriff des Geschäftes wesentliche Umstände hängen vermöge dessen Natur nothwendig von der näheren Bestimmung durch den Willen ab; bei einem über solche Umstände obwaltenden Irrthum ist Willenslosigkeit vorhanden; die Willenserklärung ist blos eine scheinbare, weil der Handelnde unbewußt etwas nicht will, was zum Wesen, zum rechtlichen Begriffe der Handlung gehört. Auch hier ist es nicht der Irrthum, welcher das Geschäft als nicht eingegangen erscheinen läßt, sondern der Mangel des zum Wesen des Geschäftes nothwendigen Umstandes. Dennoch wird sowohl nach dem römischen als jetzigen Sprachgebrauche der Irrthum hier als Ursache bezeichnet[152]), und hiernach kommt dieser Irrthum, ungeachtet er in den Folgen von dem anderen, dem echten oder eigentlichen Irrthum, sich unterscheidet, als eine Art des Irrthums neben dem letzteren vor, daher die Grenzen zwischen beiden bestimmt werden müssen. Ein uneigentlicher Irrthum, der nach dem Vorigen als Mangel der Einwilligung gilt, ist in folgenden Fällen vorhanden: α) wenn der Handelnde die Handlung, das Geschäft ganz und gar nicht will, hinsichtlich dessen er seinen Willen ihm unbewußt scheinbar erklärt, z. B. wenn Jemand eine ihm anstatt einer anderen richtigen Urkunde untergeschobene oder eine ihm nicht richtig vorgelesene Urkunde unterschreibt, oder wenn er im Vertrauen auf einen Bevollmächtigten ein leeres Blatt unterschreibt, dieses aber der Bevollmächtigte eigenmächtig und gegen den erhaltenen Auftrag ausfüllt[153]); β) wenn ein Mißverständniß über die Art des Geschäftes, welches man mit einem Anderen eingehen will, stattfindet, also ein Irrthum über dasselbe von Seiten beider Contrahenten, weil dann das dazu nöthige Einverständniß mangelt, z. B. wenn Jemand eine Sache zu leihen verspricht, der Andere das Versprechen, welches er von einer Schenkung versteht, annimmt, so entsteht keine Verbindlichkeit, oder wenn Jemand Geld schenken will, der Andere es als Darlehen annimmt, so entsteht nicht die Verpflichtung aus dem Darlehen[154]); γ) wenn ein Irrthum über

150) L. 34. §. 1. D. (18. 1.) L. 1. §. 9. D. (44. 7.) Savigny a. a. O. S. 302 flg., 304.

151) Hierher gehört die Frage über Giltigkeit der Verträge über gewisse Gegenstände, eigene, fremde u. s. w., und das Dasein des Gegenstandes des Geschäftes. L. 8. pr. L. 15. pr. L. 57. 58. D. (18. 1.) L. 1. §. 9. D. (44. 7.) Sintenis a. a. O. S. 197, N. 24.

152) Savigny a. a. O. S. 263, 440.

153) Savigny a. a. O. S. 267.

154) L. 3. §. 1. D. (44. 7.) L. 9. pr. D. (18. 1.) Savigny a. a. O.

die Person stattfindet, auf welche sich das Geschäft bezieht und das Geschäft ein solches ist, zu dessen Wesen Einverständniß der Handelnden über die Identität der Person, auf welche das Geschäft Bezug hat, gehört, so schließt eine Verwechselung den Willen aus[155]). Welche Geschäfte von dieser Art seien, ist aus der Natur der einzelnen und aus den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen. Unter der Person, auf welche sich das Geschäft bezieht, ist sowohl ein bestimmtes Individuum zu verstehen, als, wenigstens bei Contracten mit Gegenleistungen, welche eine gewisse geistige Fähigkeit oder Fertigkeit voraussetzen, daß das Individuum, mit dem man contrahirt, diese Fähigkeit oder Fertigkeit habe[156]). δ) Der häufigste und mannigfaltigste Fall des Irrthums betrifft den Gegenstand[157]), um welchen es sich handelt. Ein solcher Irrthum schließt den Willen nur

---

S. 269. Ohne Einfluß sind Verwechselungen in den Namen des Geschäftes. L. 36. D. (18. 1.) L. 14. pr. D. (18. 2.) L. 46. D. (19. 2.)

155) Für die Frage, wenn Irrthum über die Person den Willen ausschließe, sind zwei Gesichtspunkte maßgebend, einmal das Interesse der irrenden Person und dann die Natur des Rechtsgeschäftes. Aus dem ersteren Gesichtspunkte ist, wenn ein Testator einen anderen Erben schriftlich ernennt, als die Person, welche er erweislich dabei in Gedanken hat, die Erbeinsetzung für keinen von Beiden giltig. L. 9. pr. D. (28. 5.); ebenso wie eine mit einer anderen Person, als mit der man die Ehe wollte, selbst durch kirchlichen Segen vollzogene Ehe ungiltig ist. Aus dem letzteren Gesichtspunkte sind obligatorische Verträge ungiltig, wenn ein Contrahent durch Verwechselung an einen anderen Contrahenten denkt, als den, welcher ihm wirklich gegenübersteht. In manchen Fällen ist dies ganz augenscheinlich, z. B. wenn man eine bestimmte Person, welche man nie gesehen hat, beschenken will, dafür aber eine andere Person untergeschoben wird, oder wenn man bei einem bestimmten Künstler eine Arbeit bestellen will und mit einem Anderen, welcher sich für diesen ausgiebt, contrahirt. Mit Unrecht hat man die Ungiltigkeit auf diese Fälle beschränken wollen; sie ist vielmehr allgemein anzunehmen, und die Quellen lassen darüber keinen Zweifel. L. 32. D. (12. 1.) Doch ist es möglich, daß ein anderes Obligationsverhältniß statt des beabsichtigten entsteht; vgl. L. 32. D. (12. 1.) L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. D. (47. 2.) Richelmann, über Irrthum bei Verträgen S. 24 flg. Savigny a. a. O. S. 269—271. Daß man die Ungiltigkeit des Geschäftes wegen Irrthums in der Person auf jene Fälle hat beschränken wollen, hat darin seinen Grund, daß in vielen Fällen der Irrende gar kein Interesse bei der Verwechselung der Person haben wird. Denn in vielen und der Zahl nach meisten Geschäften ist die Person dessen, mit dem man contrahirt, gleichgiltig, wie bei Käufen in Läden, auf Märkten, an öffentlichen Orten. Savigny a. a. O. S. 271 flg. Sintenis a. a. O. S. 198, N. 28.

156) Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 338. Sintenis a. a. O. N. 29. Indessen ist nur absolute Unfähigkeit dem Zustandekommen des Vertrages hinderlich. Richelmann a. a. O. §. 10. a. E. §. 31. a. E. Ohne Nachtheil für das Bestehen des Geschäftes sind Namensverwechselungen oder falsche Bezeichnungen, wenn sonst über die Identität der Person kein Zweifel ist. Vgl. L. 16. §. 1. D. 30. L. 17. §. 1. L. 33. pr. 34. pr. 40. §. 4. D. (35. 1.) L. 48. §. 3. D. (28. 5.) Sintenis ebd.

157) Hier sind darunter Sachen im engeren Sinne, nicht Handlungen zu verstehen; bei Handlungen kann es sich um keinen Irrthum handeln, sondern höchstens um die Auslegung der in ihnen liegenden Willenserklärungen. Richelmann a. a. O. §. 13. 31. Sintenis a. a. O. S. 198, N. 30.

dann aus, *αα*) wenn eine Verwechselung des bei dem Geschäfte gemeinten Gegenstandes, bei Contracten einseitiges oder gegenseitiges Mißverständniß darüber, obgewaltet hat (error in corpore, und wenn zwei Contrahenten irren, dissensus in corpore)[158]), wogegen Verwechselungen in der Benennung und falsche Bezeichnungen gleichgiltig sind[159]); *ββ*) wenn der Irrthum die Substanz und solche Eigenschaften des Gegenstandes betrifft, daß dieser als ein solcher erscheint, welcher verschiedener Art ist von der gemeinten (sog. error in substantia)[160]); bei einem blos über Quantitäten obwaltenden Irrthum unter zwei Personen kommt es darauf an, ob diese Quantität der einzige Gegenstand des Vertrages ist, oder auf eine Gegenleistung sich bezieht. Im ersten Falle gilt als wahrer Gegenstand des Vertrages die geringste unter den beiden Quantitäten, an welche die Parteien dachten, weil über diese Uebereinstimmung des Willens wirklich vorhanden ist[161]). Im zweiten Falle kommt es darauf an, ob derjenige, welcher die zweifelhafte Quantität leisten soll, an eine größere oder geringere Quantität denkt, als der Gegner; denkt er an mehr, so gilt wieder der Vertrag auf die geringere

---

158) Beide Ausdrücke sind quellenmäßig und werden von den römischen Juristen abwechselnd gebraucht. L. 9. pr. §. 2. D. (18. 1.) L. 9. §. 1. D. (28. 5.) L. 4. pr. D. 30. L. 34. D. (41. 2.) L. 57. D. (44. 7.) L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. (45. 1.) Ueber L. 83. §. 1. D. (45. 1.) siehe Savigny a. a. O. S. 274, N. 9.

159) L. 9. §. 1. D. (18. 1.) L. 4. pr. D. 30. L. 35. §. 1. 2. L. 102. §. 1. D. 32. L. 28. D. (34. 5.) L. 17. pr. §. 1. L. 72. §. 8. D. (35. 1.) L. 32. D. (45. 1.) Savigny a. a. O. S. 306.

160) Der Ausdruck error in substantia ist sehr verschieden gedeutet worden. Die Fälle, in welchen die römischen Juristen wegen Irrthums des Käufers im Stoffe einen Mangel der Einwilligung annehmen, sind enthalten in L. 9. §. 2. L. 10. L. 14. L. 41. §. 1. D. (18. 1.) Der Stoff wird in der ersten Stelle mit substantia bezeichnet; in derselben und in L. 11. pr. L. 14. D. (18. 1.) kommt als gleichbedeutend der Ausdruck materia vor. Vgl. über diese Ausdrücke Richelmann a. a. O. S. 50 flg. Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört; die Verschiedenheit des Stoffes ist dazu weder nothwendig, noch stets hinreichend. Dafür ist der Ausdruck error in substantia keine angemessene Bezeichnung. Ein hierher gehöriger Fall ist enthalten in L. 11. §. 1. D. (18. 1.) Sobald jene Voraussetzungen nicht zutreffen, wird der Irrthum über die Eigenschaft einer Sache nicht für wesentlich gehalten. Ueberhaupt kann nur eine genaue Vergleichung der betreffenden Stellen, die Handhabung einer besonderen Analogie und die Berücksichtigung der Beispiele in den Stellen, in welchen ein Irrthum in Betreff von Eigenschaften nicht als Mangel der Einwilligung gilt, sicher zum Ziele führen. Die letzteren Stellen sind L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. L. 14. 45. D. (18. 1.) L. 21. §. 2. D. (19. 1.) Ausführlich handelt über den sog. error in substantia Savigny a. a. O. §. 137, 138, S. 276—302. Das Resultat seiner Ausführung ist hier aufgenommen. Der Fall bei einem Vertrage versprochener, jedoch nicht geleisteter Eigenschaften ist bei den Verträgen zu erörtern.

161) L. 1. §. 4. D. (45. 1.)

Summe; denkt er an weniger, so ist gar kein Vertrag vorhanden[162]. Bei letztwilligen Verfügungen läßt sich ein Irrthum in der Quantität nur insofern denken, als dieselbe dahin näher bezeichnet worden ist, daß sie sich irgendwo abgesondert befinde oder dahin näher angewiesen ist, und sich dort eine größere oder geringere Quantität oder nichts vorfindet; der Wille gilt hier nur auf die Summe, welche gerade zutrifft, oder auf die geringere, nie aber auf mehr[163]. In allen bisher erwähnten Fällen besteht die Folge des Irrthums darin, daß, weil Willenslosigkeit für das beabsichtigte Geschäft angenommen wird, dasselbe aber nicht zu Stande kommt, nichtig ist, gleichviel ob nur derjenige, welcher über einen Gegenstand verfügt, oder bei einem Vertrage einer oder beide Contrahenten geirrt haben[164]. 3) Der eigentliche oder echte Irrthum schließt den Willen nicht aus; vielmehr existirt der Wille in der That; der Irrthum ist nur der Grund des Wollens. Der Handelnde selbst ist es, der dem Irrthum die Kraft, seinen Willen zu bestimmen, einräumte; seine freie Wahl zwischen zwei entgegengesetzten Entschlüssen war unbeschränkt; er konnte die Vortheile, welche ihm der Irrthum vorspiegelte, verwerfen, und daher schließt der Einfluß der irrigen Vorstellungen das Dasein der freien Willenserklärung nicht aus[165]. Regelmäßig ist, weil die Beweggründe zu einem Rechtsgeschäfte für dessen Existenz und

---

162) L. 52. D. (19. 2.) Vgl. über den Irrthum hinsichtlich der Quantität Savigny a. a. O. S. 274, 275.

163) L. 108. §. 10. D. 30. L. 1. §. 7. D. (33. 4.) Savigny a. a. O. S. 275. Irrungen in geschriebenen Zahlen sind unschädlich. L. 9. §. 2—4. D. (28. 5.) Sintenis a. a. O. S. 199, N. 36.

164) Unrichtig ist die frühere Ansicht, daß in den Fällen des wesentlichen Irrthums nur der Irrende das Geschäft anfechten könne.

165) L. 18. §. 3. D. (4. 3.) L. 65. §. 2. D. (12. 6.) L. 49. §. 1. D. (17. 1.) L. 1. §. 8. D. (33. 4.) L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. D. (35. 1.) Vgl. über diese Stellen Savigny a. a. O. S. 112 flg., 304, 354 flg. Dagegen scheinen mehrere Stellen auszusprechen, daß der aus Irrthum entsprungene Wille gar kein Wille sei, also auch nicht als Wille wirke. L. 15. D. (2 1.) L. 2. pr. D. (5. 1.) L. 20. D. (39. 3.) L. 116. §. 2. D. (50. 17.) L. 8. 9. C. (I. 18.) Allein der entscheidende Beweis dafür, daß diese Stellen keinen allgemeinen Grundsatz aussprechen, liegt in der Lehre vom dolus. Schlösse der Irrthum an sich schon die Annahme eines Willens, mithin auch alle Wirkungen desselben aus, so müßte jeder durch Irrthum veranlaßte Vertrag nichtig sein; dann würde auch die Veranlassung des Irrthums durch den dolus des Gegners gleichgiltig sein. Im römischen Rechte wird aber die Entstehung des Irrthums durch dolus als entscheidend angesehen; selbst im Falle dieser Entstehung wird der dadurch veranlaßte Vertrag in der Regel nicht nichtig, sondern auf indirectem Wege durch die Einrede des dolus entkräftet. Dies läßt sich nur unter der Voraussetzung denken, daß der Irrthum an sich das Dasein des Willens und dessen Wirkungen nicht ausschließt. Die angezogenen Stellen müssen im Zusammenhange mit ihrer Umgebung und mit anderen verwandten Stellen betrachtet werden, wodurch dann der darin enthaltene scheinbare Widerspruch verschwindet. Jede dieser Stellen sagt nur, daß in einem concreten Falle unter den besonderen denselben begleitenden Umständen die in Verbindung mit einem Irrthum geschehene Handlung wirkungslos sei. Vgl. Savigny a. a. O. S. 342 flg.

Begriff gleichgiltig sind, sowohl die Nichtkenntniß gewisser Umstände als der positive Irrthum, welcher bei einer Handlung oder Unterlassung concurrirt, auf deren rechtliche Natur und gewöhnliche Folgen ohne Einfluß; er bringt weder Vortheil, noch wendet er Nachtheil ab. Ausnahmsweise hat der Irrthum in gewissen Fällen und unter gewissen Umständen, ebenso wie Zwang und Betrug, einen Einfluß auf die Handlung[166]. Als oberstes Princip für diese Fälle erscheint der Grundsatz, daß dem Irrenden keine solche Nachlässigkeit zur Last falle, daß er nicht bei einiger von Jedermann in rechtlichen Angelegenheiten zu erwartender Sorgfalt den Irrthum hätte vermeiden können[167]; daher eine eigene Eintheilung des Irrthums gemacht wird[168]. In der Anwendung dieses Principes wird zwischen factischem und Rechts-

166) Diese Ansicht ist die von Savigny ausführlich entwickelte. Er weist a. a. O. besonders S. 344 flg. (s. auch Mühlenbruch, im Arch. f. civil. Praxis Bd. II, S. 413 flg.) das Irrige des früher gewöhnlich angenommenen Satzes, daß factischer Irrthum immer helfe, Rechtsirrthum nur zur Abwendung von Schaden, nach und zeigt, daß die Stellen, worauf man jenen Satz gründete (L. 7. 8. D. (22. 6.), ursprünglich nicht die allgemeinen Grundsätze enthielten, welche die Compilatoren darin zu finden glaubten. Der Verfasser des Artikels des Rechtslexikons Irrthum und Unwissenheit geht noch von diesem Principe aus. In jenen Stellen hatte Papinian nicht von dem Irrthum überhaupt, sondern nur von dem Irrthum der Frauen gesprochen. Diese hatten zu seiner Zeit das Vorrecht, da, wo überhaupt der Irrthum schützte, auch den Rechtsirrthum für sich geltend machen zu dürfen, jedoch mit Ausnahme der Schenkungen, d. h. der Geschäfte, die uns nicht blos etwa bereichern, was bei vielen Geschäften nach Einer Seite hin der Fall ist, sondern wo diese einseitige Bereicherung in der bestimmten Absicht beider zusammenwirkenden Personen liegt. In diesem Zusammenhange hat der von ihm gebrauchte Ausdruck lucrum eine ganz bestimmte Bedeutung; dagegen ist die Verbindung, in welcher daneben von damnum die Rede war, jetzt nicht zu enträthseln. Daß der Jurist aber von den Frauen sprach, ergeben die Worte der L. 8. D. (22. 6.) Die Compilatoren fanden später für nöthig, diese Stelle, als einen anscheinend allgemeinen Grundsatz enthaltend, aufzunehmen und durch deren Aufnahme den Versuch zu machen, ein allgemeines Princip aufzustellen, weil späterhin das ausgedehnte Vorrecht der Frauen beschränkt und dem Rechte der Männer näher gebracht worden ist, wie Savigny a. a. O. S. 432—436 nachweist. Ein ähnliches Verfahren, wie das hinsichtlich der gedachten Stelle Papinian's behauptete, haben die Compilatoren des Codex mit L. 3. C. Th. de sponsal. (III. 5.) vorgenommen, deren Anfang bis zu dem Worte declarant sie in L. 11. C. (I. 18.) aufgenommen haben, deren im Justinianeischen Codex weggelassener Theil aber zeigt, daß das lucrum hier speciell die Schenkung und nicht alle Rechtsgeschäfte, wodurch eine Bereicherung stattfindet, bezeichnet; sowie, daß von der Begünstigung gewisser Klassen die Rede ist, welche im Falle der Schenkung bei Frauen nicht gelten soll, wohl aber bei Minderjährigen. Erst durch diese Weglassung hat die in dem Just. Codex so abgekürzte Stelle das Ansehen erhalten, als enthalte sie ein allgemeines Princip, wie dies mit den Stellen Papinian's der Fall gewesen ist. Savigny a. a. O. S. 351—353.

167) Vgl. Savigny a. a. O. S. 333 flg. und vor ihm schon Mühlenbruch a. a. O. S. 383 flg.

168) Die Doctrin theilt den Irrthum in error vincibilis und invincibilis.

irrthum unterschieden[169]). Der factische Irrthum wird, was die Frage von der Nachlässigkeit des Irrenden betrifft, günstiger behandelt; er findet leichter Verzeihung, weil es oft schwer, ja unmöglich ist, ihn zu vermeiden[170]); im allgemeinen wird die Unkenntniß von Thatsachen nicht als Schuld angerechnet und bringt keinen Schaden; nur da, wo Kenntniß aus besonderen Gründen verlangt werden kann, ist sie schädlich; ob dem Irrenden eine unentschuldbare Nachlässigkeit zur Last falle, läßt sich in der Regel nur nach den Umständen des concreten Falles beurtheilen[171]). Dagegen wird der Rechtsirrthum in der Regel als ein solcher angesehen werden, bei dem Nachlässigkeit anzunehmen sei und der nur in besonders geeigneten Fällen Entschuldigung verdiene[172]).

---

169) Der Unterschied ist in vielen Stellen klar ausgesprochen, besonders in L. 2. L. 9. pr. §. 5. D. (22. 6.)

170) L. 2. D. (22. 6.) cum .. facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

171) Die Quellen bezeichnen die Nachlässigkeit als eine grobe, supina ignorantia, negligentia crassa, nescire, quod omnes norunt. L. 3. §. 1. L. 6. 9. §. 2. D. (22. 6.) Sie läßt sich ebensowenig, wie die culpa lata, bestimmt charakterisiren. Im allgemeinen wird angenommen, daß ein Irrthum über eine eigene Handlung oder über den eigenen Rechtszustand unzulässig sei, weil ein solcher Irrthum nicht ohne große Nachlässigkeit möglich sei. L. 3. pr. D. (22. 6.) L. 6. 7. D. (16. 1.) L. 5. §. 1. D. (41. 10.) L. 42. D. (50. 17.) Savigny a. a. O. S. 333. Der Irrthum, bei welchem keine grobe Nachlässigkeit dem Irrenden zur Last fällt, heißt error iustus, probabilis. L. 2. D. (4. 1.) L. 11. §. 10. D. (11. 1.) L. 25. D. (22. 3.) L. 5. §. 1. D. (41. 10.)

172) Soll der Rechtsirrthum schädlich sein, so werden klare bestimmte Rechtssätze vorausgesetzt, auf welche sich der Irrthum bezieht. Denn nur bei solchen kann man dem Irrenden grobe Nachlässigkeit vorwerfen; auch sind die zahlreichen in den Quellen vorkommenden Beispiele sämmtlich von Regeln solcher Art entlehnt. L. 1. §. 1—4. D. (22. 6.) L. 25. §. 6. D. (5. 3.) L. 10. D. (37. 1.) L. 31. pr. D. (41. 3.) L. 2. §. 15. D. (41. 4.) Daher kann eine solche Nachlässigkeit nicht angenommen werden; 1) bei allen controversen Rechtssätzen; 2) bei gewissen partikulären Rechtsnormen, namentlich Localgewohnheiten und Specialgesetzen, wie Privilegien. Cap. 1. de constit. in VI. (I. 2.) Savigny a. a. O. S. 336. Dagegen kann hinsichtlich förmlich promulgirter partikulärer allgemeiner Gesetze eine Berufung auf Rechtsirrthum von Seiten der Bürger des Staates, in welchem das Gesetz publicirt ist, meines Erachtens nicht stattfinden, wovon natürlich die privilegirten Personen auszunehmen sind; denn dazu ist ja eben die Publication, daß die Staatsbürger von dem Gesetze Kenntniß erhalten und sich darnach achten. Uebrigens möchte ich noch einen Schritt weiter gehen, als Savigny a. a. O. S. 338, der überhaupt für die heutige Zeit eine mildere Beurtheilung des Rechtsirrthums in Anspruch nimmt. Bei dem Zustande unseres heutigen gemeinen Rechtes scheint mir eine Kenntniß desselben nur von den Juristen verlangt werden zu können. Die Hauptquelle desselben ist fremdes Recht, welches erst nach und nach teutschen Sitten und Rechtsansichten angepaßt worden ist; noch jetzt wird vielfältig unter den Juristen über das Verhältniß des teutschen Rechtes zum fremden gestritten; das fremde Recht ist noch fortwährend der Modification durch Doctrin und Praxis unterworfen; zu seinem Verständniß werden alle Hilfsmittel der Kritik und Auslegung und historische Forschungen angewendet und sind noch lange nicht erschöpft. Dazu kommt die dem Volke unverständliche Sprache der fremden Gesetze, welche es demselben unmöglich macht, sich mit denselben bekannt zu

Hiernach ist, wenn Rechtsirrthum behauptet wird, die Vermuthung gegen denjenigen, welcher solchen für sich anführt; bei factischem Irrthum aber streitet sie für ihn; dort hat er zu beweisen, daß und warum ihm keine Nachlässigkeit zur Last falle; hier hat er zwar den Irrthum, nicht aber den Mangel an Verschuldung dabei zu beweisen[173]). Die Ausnahmsfälle selbst, in welchen unter den gedachten Einschränkungen dem Irrthum Einfluß zugeschrieben wird, können unter folgende Gesichtspunkte gebracht werden: a) In manchen Fällen hängen die rechtliche Qualification einer Handlung oder gewisse rechtliche Folgen nach den Gesetzen von der Kenntniß gewisser Umstände ab, so daß bei vorliegendem Irrthum jene Qualification fehlt oder jene Wirkungen ausgeschlossen sind. Dies ist der Fall mit manchen Rechtsbegriffen, wie mit dem des dolus, der schon seinem Begriffe nach den Irrthum aus-

---

machen, sowie selbst bei hinreichender Kenntniß der Sprache dem Nichtjuristen die casuistische Fassung der Gesetze, die Nothwendigkeit, die Rechtsregeln erst aus den gegebenen Beispielen abzuleiten, die Zerstreuung des gesetzlichen Stoffes durch verschiedene Sammlungen, der Mangel der nothwendigen juristischen und historischen Kenntnisse unüberwindliche Schwierigkeiten in den Weg legen, wenn er sich Kenntniß des gesetzlichen Materials verschaffen will. Man wird sich gegen diese Ansicht auf folgende Stellen berufen: L. 9. §. 3. D. (22. 6.) Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia. Quod raro accipiendum est. L. 2. §. 5. D. (28. 15.) Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in Iurisprudentes, sed quam quis aut per se, aut per alios assequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias consulere dignum sit. Aber auch die Möglichkeit, sich bei einem Juristen zu unterrichten, wenn auch dieselbe bei der bedeutenden Zahl der Anwälte mehr gegeben ist, als bei den Römern, reicht nicht aus, um den Rechtsirrthum imputabel zu machen, wenn die Gelegenheit zur Befragung eines Juristen vorhanden war und nicht benutzt worden ist. Denn bei dem Zustande unseres gemeinen Rechtes wird selbst ein geübter Jurist in vielen Fällen nicht mit Sicherheit sagen können, was Rechtens sei und wenn die Befragung eines Rechtsgelehrten keine Bürgschaft dafür bietet, daß der Fragsteller den richtigen Rechtssatz erfährt, so kann auch die Unterlassung dieser Befragung die Unkenntniß des richtigen Rechtssatzes nicht zu einer unentschuldbaren machen.

173) Savigny a. a. O. S. 335. Diese Ansicht theile ich, unter der in der vorigen Note bemerkten Beschränkung hinsichtlich des Rechtsirrthums. Der factische Irrthum kann auch hinsichtlich eigener Handlungen oder über den eigenen Rechtszustand ausnahmsweise entschuldbar sein, theils wegen der besonderen Beschaffenheit der irrenden Personen, z. B. wenn dieselbe eine Frauensperson ist, oder zu den Personen gehört, denen rusticitas beigelegt wird (L. 2. §. 7. D. (49. 14.), theils wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles, welche den Irrthum entschuldigen, z. B. L. 1. §. 2. D. (22. 6.) So können hohes Alter, Gedächtnißschwäche, sei es eine natürliche oder erst durch besondere Zufälle entstandene u. s. w., die Unkenntniß selbst eigener Handlungen entschuldigen. Wenn in anderen Stellen der Irrthum über eigene Handlungen ohne weiteres als zulässig behandelt wird, so müssen stets dabei solche besondere entschuldigende Momente vorausgesetzt werden; so z. B. in L. 22. pr. L. 32. §. 1. 3. D. (12. 6.) Savigny a. a. O. S. 333 flg.

schließt[174]); mit dem derjenigen Delicte, zu deren Wesen der dolus nothwendig gehört, welche also nicht in culpa begangen werden[175]); ferner mit der Darleihung von Geld an ein Kind unter väterlicher Gewalt, dessen Abhängigkeit der Darleiher kennen muß, wenn er unter das SC. Macedonianum fallen soll[176]) und mit dem ausdrücklichen und stillschweigenden Erbschaftsantritt sowohl, als der Ausschlagung der Erbschaft, welche Kenntniß des Erben von dem Grunde der Dotation der Erbschaft, ob aus Testament oder Gesetz, voraussetzt, so daß der hierbei angenommene Irrthum diese Handlungen ungiltig macht[177]) und in anderen Fällen[177a]). Der Lauf mancher Fristen ist von der Kenntniß des Umstandes abhängig, weshalb und von welcher Zeit an sie laufen, wie bei der Bedenkzeit[178]), bei der Frist zur Errichtung eines Inventariums[179]), nicht aber bei der Klagenverjährung[180]), außer bei Klagen, welche nur ein Jahr oder kürzer dauern, wo ausnahmsweise unter besonderen zu erweisenden Umständen Kenntniß des Ereignisses verlangt wird, von welchem an sie laufen, Umstände, welche sich auf eine iusta et magna causa ignorantiae hinsichtlich dieses Ereignisses zurückführen lassen[181]). Nachtheile, welche an Unterlassungen geknüpft sind, treten in manchen Fällen nicht ein, wenn Irrthum und Unwissenheit

---

174) Savigny a. a. O. S. 329.

175) Zu den Delicten, welche ohne dolus nicht denkbar sind, gehört der Diebstahl, Injurien. Vgl. Savigny a. a. O. S. 388—395. Bei solchen Delicten kann es nicht einmal einen Unterschied machen, ob der den dolus ausschließende Irrthum durch die Umstände gerechtfertigt ist oder nicht, also auch ob er ein factischer oder Rechtsirrthum ist, weil der dolus eine Thatsache ist, deren Dasein durch den Irrthum jeder Art ausgeschlossen wird. Doch gilt das vom Rechtsirrthum Gesagte nur von dem Falle, wenn der Handelnde das Strafgesetz kennt, aber durch einen Rechtsirrthum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung getäuscht wird; dagegen schließt der Mangel der Kenntniß des Strafgesetzes den dolus und die Strafbarkeit nicht aus, weil diese Kenntniß bei Jedem gefordert und vorausgesetzt wird. Nur gewisse Klassen von Personen, denen überhaupt Rechtsunwissenheit verziehen wird, sind von dieser Strenge ausgenommen. Vgl. den Artikel Irrthum.

176) L. 1. pr. L. 3. pr. D. (14. 6.)

177) L. 13. §. 1. L. 14—16. 19. 22. 23. 32. 34. D. (29. 2.) Der Rechtsirrthum bringt auch hier keine solche Wirkung hervor. L. 2. C. (I. 18.) Savigny a. a. O. S. 382 flg.

177a) Z. B. L. 6. D. (16. 1.)

178) L. 19. C. (VI. 30.)

179) L. 22. §. 2 C. (VI. 30.)

180) L. 12. C. (VII. 33.) L. 3. C. (VII. 39.) Savigny a. a. O. S. 408 flg.

181) L. 15. §. 4. 5. D. (43. 24.) L. 6. D. (3. 6.) L. 55. D. (21. 1.) Dies gilt jedoch nicht von dem Falle, wo man den Beklagten nicht kennt oder nicht verklagen kann, weil derselbe entflohen oder verborgen ist. Hier ist eine vom Irrthum ganz unabhängige Unmöglichkeit der Klage vorhanden, welche den Lauf des utile tempus an sich ausschließt. L. 1. D. (44. 3.) Vgl. Savigny a. a. O. S. 410—417.

Grund der Unterlassung des Erfordernisses war[182]). b) In manchen Fällen wird Irrthum zur Begründung von Rechtsverhältnissen nothwendig vorausgesetzt, wie bei der ordentlichen Ersitzung. Bei dieser muß nämlich ein Irrthum über den Erwerbstitel vorhanden sein. Der der bona fides zum Grunde liegende Irrthum ist gleichgiltig, und das bloße Dasein des redlichen Bewußtseins ist entscheidend für die Wirkungen der bona fides; daher da, wo diese allein schon wirksam ist, wie bei der äußeren ordentlichen Ersitzung und bei dem Verhältnisse des Beklagten gegenüber der rei vindicatio und hereditatis petitio, selbst Rechtsirrthum die bona fides nicht ausschließt[183]). c) Bei letztwilligen Verfügungen hat der Irrthum in gewissen Fällen Ungiltigkeit der getroffenen Verfügung zur Folge, z. B. ist das Testament nichtig, wenn der Testator über seinen persönlichen Rechtszustand im Irrthum oder auch nur im Zweifel ist[184]); die Erbeinsetzung ist ungiltig, wenn sie auf der irrigen Annahme beruht, daß ein Intestaterbe oder ein früher eingesetzter Erbe verstorben sei[185]), oder auf die irrige Annahme einer Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem eingesetzten Erben sich gründet[186]); die Enterbung eines echten Sohnes, welchen der Testator irrig für unecht hält, ist ungiltig[187]); ein Legat, wenn es auch in der Regel durch den Ausdruck eines irrigen Beweggrundes nicht entkräftet wird, weil der Erblasser zugleich durch andere nicht ausgedrückte Gründe bestimmt worden sein kann[188]), braucht nicht geleistet zu werden, wenn erweislich ohne jenen Irrthum das Legat nicht hinterlassen worden wäre und steht diesfalls dem Legatar die exceptio doli entgegen[189]); ungiltig ist das Legat einer fremden Sache, wenn der Testator nicht wußte, daß sie fremd sei; daß er es wußte, hat der Legatar zu erweisen[190]). Die nun folgenden Fälle bilden eine Ausnahme von

---

182) L. 2. §. 1. D. (25. 4.) L. 8. 17. D. (34. 9.) L. 3. §. 31. D. (29. 5.)

183) L. 25. §. 6. D. (5. 3.) Vgl. Savigny a. a. O. S. 371 flg., 396 flg. Sintenis a. a. O. N. 52, S. 201 flg.

184) L. 14. 15. D. (28. 1.)

185) L. 28. D. (5. 2.) L. 92. D. (28. 5.)

186) L. 7. C. (VI. 24.) Bezog sich die Erbeinsetzung auf ein vermeintliches, aber untergeschobenes Kind des Testirers, so war dies ein Indignitätsfall, und die Erbschaft fiel an den Fiscus. L. 46. pr. D. (49. 14.) L. 4. C. (VI. 24.)

187) L. 14. §. 2. L. 15. D. (28. 2.)

188) L. 17. §. 2. 3. L. 72. §. 6. D. (35. 1.) §. 31. Inst. (II. 20.) L. 1—5. C. (VI. 44.)

189) L. 72. §. 6. D. (35. 1.) L. 1. fin. C. (VI. 44.)

190) §. 4. Inst. (II. 20.) L. 67. §. 8. D. 31. Wegen des dem Legatar obliegenden Beweises s. L. 21. D. (22. 3.) Vgl. über die Fälle, wo Irrthum letztwillige Verfügungen ungiltig macht, Savigny a. a. O. S. 377—382. Hat hier gleich der Irrthum, ebenso wie in dem Falle der Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft (vgl. N. 177), einen größeren Einfluß, als bei Verträgen, so darf man doch dies nicht auf andere Fälle ausdehnen und keine allgemeine Regel daraus bilden, auch nicht jedem Irrthum eine gleiche Kraft beilegen. Savigny a. a. O. S. 381, 384.

der Regel, daß ein Rechtsgeschäft wegen eines irrigen Beweggrundes nicht angefochten werden könne; in diesen Fällen findet sogar eine besondere Klage zu dem Zwecke der Anfechtung statt. Sie sind: d) leidet eine, namentlich durch Kauf erworbene Sache an gewissen heimlichen Fehlern, welche auf den Werth der Sache Einfluß haben, so kann der Erwerber der Sache nach seiner Wahl entweder Aufhebung des Geschäftes oder Minderung der Gegenleistung, namentlich des Kaufpreises verlangen, der andere Contrahent mag den Fehler gekannt haben oder nicht. Mit den in dieser Beziehung stattfindenden ädilizischen Klagen darf, soviel den Irrthum anbelangt, weder die Klage auf Evictionsleistung, noch die Anfechtung des Kaufes wegen übermäßiger Verletzung zusammengestellt werden; erstere nicht, weil, wenngleich auch bei ihr ein Irrthum vorausgesetzt wird[191]), nicht dieser, sondern der nicht gehörig erfüllte Kauf den wahren Klaggrund bildet[192]), der Irrthum hier aber nur insofern in Betracht kommt, als umgekehrt in der Bekanntschaft mit dem Rechte eines Dritten an der Sache ein Verzicht auf den Regreß liegen würde; letztere nicht, weil, wenngleich der Verkäufer durch Irrthum über den wahren Werth der Sache zum Verkaufe bewogen werden kann, dies doch nicht der einzige und nothwendige Beweggrund ist, indem ein Verkauf aus Noth, welche der Käufer mißbraucht, denkbar ist, bei welchem kein Irrthum vorliegt[193]). e) Ist eine Verpflichtung übernommen, oder etwas geleistet worden, in der irrigen Meinung, daß man eine Verpflichtung dazu habe, so kann ersteren Falles Befreiung von der übernommenen Verpflichtung, letzteren Falles Zurückgabe des Geleisteten verlangt werden, mittelst besonderer Klage, der condictio indebiti, im letzteren Falle noch einfacher durch eine Exception gegen die Klage des Gläubigers auf Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages[194]). — Der Einfluß des Irrthums und die Art und Weise der Geltendmachung dieses seines Einflusses ist nach dem Vorausgeschickten nach den Umständen verschieden. Bald wirkt er ipso iure, d. h. mit seinem Hervortreten gilt der bis dahin angenommene Rechtsbegriff als nicht vorhanden, oder das Rechtsgeschäft oder die Verfügung erscheint als ungiltig, bezüglich als giltig, während es durch die Kenntniß des Irrthums verhindert oder ungiltig gemacht worden

191) L. 27. C. de evict. (VIII. 44. (45.))

192) L. 11. §. 2. D. (19. 1.) L. 8. D. (21. 2.)

193) Savigny a. a. O. S. 358 flg.

194) Der erste Fall ist der gewöhnlichste und wird außerdem, daß er in L. 1. §. 1. L. 7. D. (12. 6.) erwähnt wird, in diesem ganzen Titel der Pandekten fast überall vorausgesetzt; der letztere Fall wird erwähnt in L. 5. §. 1. D. (19. 1.) L. 51. pr. §. 1. D. (2. 14.) L. 31. D. (12. 6.) Der Irrthum kann übrigens auch bei anderen Condictionen vorkommen, welche auf einer irrigen causa beruhen, so bei der condictio ob causam datorum wegen einer künftigen causa, und bei der allgemeinen condictio sine causa wegen einer gegenwärtigen oder vergangenen causa; er kommt aber bei diesen wegen anderer Voraussetzungen weniger in Betracht. Savigny a. a. O. S. 360 flg.

sein würde; in anderen Fällen, besonders in den unter c) d) e) aufgeführten, kann der vorige Zustand nur mittelst eines besonderen Rechtsmittels, Klage oder Einrede, herbeigeführt werden; in noch anderen Fällen kann nur durch Restitution geholfen werden[195]).

E. Von der Auslegung der Rechtsgeschäfte[195a]). Bei ausdrücklichen Willenserklärungen wird über das wirkliche Dasein des Willens und dessen Aeußerung selten Zweifel sein. Wird der Wille durch Zeichen und Geberden zu erkennen gegeben, so muß derjenige, von welchem sie ausgehen, sich gefallen lassen, daß ihnen der Sinn beigelegt werde, der damit gewöhnlich verbunden wird. Der Sinn gebrauchter Worte sollte eigentlich nie zweifelhaft sein; allein sehr häufig geben die gebrauchten Worte wegen ihrer Unbestimmtheit und Undeutlichkeit zu Zweifeln Veranlassung, welche nur durch die Hilfe der Auslegung zu beseitigen sind. Die allgemeinsten Principien der Gesetzauslegung kommen auch hier zur Anwendung, insofern als bei den Gesetzen sowohl, als bei den Rechtsgeschäften die Auffindung des wahren, eigentlichen in den Worten niedergelegten Sinnes bezweckt wird, obwohl immer noch ein wesentlicher Unterschied zwischen Auslegung von Gesetzen und von Rechtsgeschäften vorliegt[196]). Die über die Auslegung der Rechtsgeschäfte geltenden besonderen Grundsätze scheiden sich wieder nach den beiden Hauptklassen der Rechtsgeschäfte, nach Verträgen und letzten Willen und sind bei jeder dieser Klassen besonders darzustellen. Auf Willenserklärungen überhaupt beziehen sich folgende Regeln[197]). 1) Erklärungen, welche ganz unverständlich sind, sind ganz unwirksam[198]). 2) Wenn die gebrauchten Worte etwas ausdrücken, was dem wahren

---

195) Sintenis a. a. O. S. 202 flg. Ein Anspruch auf Entschädigung wegen Irrthums, der nicht Aufhebung des Geschäftes zu bewirken vermag, findet außer den Fällen der ädilizischen Klagen, der Klage auf Evictionsleistung und wegen übermäßiger Verletzung nicht statt. Sintenis a. a. O. S. 202, N. 54. S. 203, N. 56. Früher ist ein solcher im Falle eines unwesentlichen Irrthums häufig angenommen worden, im Gegensatze des wesentlichen Irrthums, welcher Aufhebung des Geschäftes bewirke. S. dagegen Richelmann a. a. O. S. 139—162.

195a) Sintenis, Civilrecht §. 18, S. 151 flg.

196) Vgl. Savigny, Syst. Bd. III, S. 244 u. N. f.

197) Sintenis, Civilr. Bd. I, §. 18, S. 152, N. 4 tadelt, daß man hier überhaupt von einer Auslegung der Rechtsgeschäfte rede, indem es sich zwar immer um ein Rechtsgeschäft handle, bei der Auslegung der Worte desselben aber immer nur um einzelne Bestimmungen eines Geschäftes, welche sich nicht alle einzeln als Rechtsgeschäfte bezeichnen ließen, während man bei einem Rechtsgeschäfte immer an etwas Ganzes denke. Es hat dies seine Richtigkeit; allein wenn von Auslegung der Rechtsgeschäfte gesprochen wird, so geschieht dies im Gegensatze der Auslegung der Gesetze. Richtiger wäre von einer Auslegung der Willenserklärungen die Rede.

198) L. 73. §. 3. L. 188. pr. D. (50. 17.) Diese Stellen reden zwar nur von Testamenten, der Grund ist aber ein allgemeiner, auf alle Willenserklärungen anwendbarer. Sintenis a. a. O. S. 153, N. 5.

Willen zuwider läuft, so gilt weder das, was gewollt, noch das, was gesagt worden ist[199]). Soll indessen dies rechtliche Berücksichtigung finden, so ist der Fall eines Scherzes oder eines Scheingeschäftes, oder eines uneigentlichen Irrthums vorausgesetzt; außer diesen Fällen kommt das Vorgeben des Mangels des ernstlichen Willens neben der Erklärung, welche solchen erkennen läßt, nicht in Betracht. 3) Den Worten ist regelmäßig der Sinn beizulegen, welchen sie nach allgemeinem Gebrauche haben; nur besondere Gründe lassen eine abweichende Deutung zu[200]). Als soche gelten der örtliche Sprachgebrauch, welcher mit gewissen Ausdrücken einen besonderen Sinn verbindet[201]), der zu einer gewissen Zeit gewöhnliche besondere Sprachgebrauch[202]), endlich die eigenthümliche Redeweise dessen, welcher seinen Willen erklärt[203]). Diese Gründe, welche eine Abweichung von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche rechtfertigen, sind im Zweifelsfalle von demjenigen zu erweisen, welcher sich darauf beruft. 4) Bei der Erklärung zweideutiger und dunkler Ausdrücke ist von dem häufigeren Sprachgebrauche und der größeren Wahrscheinlichkeit auszugehen[204]), daneben sind die vorher gedachten Gründe der Abweichungen vom gewöhnlichen Sprachgebrauche zu berücksichtigen. 5) Unbestimmten Ausdrücken wird ihre weitere Bedeutung beigelegt[205]), außer wenn dieselbe wegen ihrer Ungewißheit dazu führt, daß eine Realisirung nicht möglich ist. 6) Reicht die Anwendung dieser Regeln nicht aus, so hat bei zweifelhaften Willenserklärungen diejenige Auslegung den Vorzug, welche mit der Natur des Geschäftes, mit dem Zwecke der ganzen Disposition am meisten übereinstimmt[206]), daher diejenige Auslegung, wodurch das Geschäft erhalten wird, der vorzuziehen ist, welche zu seiner Aufhebung führt[207]), und im allgemeinen übrigens diejenige, welche für den Verpflichteten günstiger ist[208]). Manche Rechtsgeschäfte genießen in dieser Beziehung nach den Gesetzen noch einer besonderen Begünstigung, wie die dos zu Gunsten der Frauens-

---

199) L. 3. D. (24. 5.)

200) L. 7. §. 2. D. (33. 10.) L. 52. §. 4—6. L. 25. §. 1. L. 69. D. (32.)

201) L. 34. D. (50. 17.) Dort ist von Contracten die Rede; allein auch bei letztwilligen Verfügungen ist auf die besondere Redeweise des Ortes Rücksicht zu nehmen. L. 50. §. 3. D. (30.) L. 65. §. 7. D. (33.) L. 18. §. 3. D. (33. 7.)

202) L. 3. §. 5. D. (33. 10.)

203) L. 50. §. 3. L. 96. D. (50. 17.) L. 19. pr. D. (33. 6.) L. 18. §. 3. D. (33. 7.) In L. 19. pr. D. (33. 6.) ist von mens testatoris die Rede; dies kann auch die Absicht bedeuten, die allerdings ebenfalls für den einzelnen Fall befolgt werden muß.

204) S. z. B. L. 69. pr. L. 35. §. 1. D. (32.)

205) L. 23. D. (8. 1.) L. 127. D. (50. 16.)

206) L. 67. D. (50. 17.)

207) L. 12. D. (34. 5.) L. 80. D. (45. 1.)

208) L. 9. 56. D. (50. 17.)

personen[209]) und letztwillige Dispositionen[210]). Diese Regeln haben nur den Zweck, die wahre Willensmeinung auszumitteln und zur Geltung zu bringen; steht diese anderweit fest, so bedarf es ihrer Anwendung nicht; ist aber dann ein Widerspruch zwischen der wahren Willensmeinung und der Erklärung vorhanden, so entscheidet die zweite Regel. Die Erläuterung einer Willenserklärung durch den Urheber derselben selbst, die bei Willenserklärungen solcher Art, die nicht in Bezug auf Rechtsverhältnisse geschehen, am nächsten liegt und am ersten zum Ziele führt[211]), kann nur bei letztwilligen Verfügungen wirksam sein[212]); bei Verträgen kann sie nicht einseitig geschehen, um nicht die dadurch begründeten Rechte von der Willkür abhängig zu machen[213]).

F. Von der Ungiltigkeit und Wirkungslosigkeit der Rechtsgeschäfte[214]). Die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte kann eine doppelte sein. Entweder hat das Geschäft gar keine Wirksamkeit, oder seiner Wirksamkeit stehen andere Umstände entgegen, welche dieselbe für den concreten Fall ausschließen. Im ersten Falle spricht man von Ungiltigkeit und Nichtigkeit der Geschäfte[215]). I. Eine Nichtigkeit der Geschäfte kann sowohl von Anfang an vorhanden sein, als später eintreten. Man hat bisweilen die Nichtigkeit auf die gleich im Anfange vorhandene Ungiltigkeit beschränken wollen; indessen wird sie nicht unpassend auch auf die erst später eingetretene angewendet. In der neuesten Zeit werden diese beiden Arten der Nichtigkeit als gleichzeitige und ungleichzeitige unterschieden[216]). Die

---

209) L. 85. pr. D. (50. 17.)

210) L. 12. D. (50. 17.) L. 24. D. (34. 5.)

211) L. 96. D. (50. 17.) Diese Stelle scheint zwar einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen, sie darf aber nicht allgemein genommen werden.

212) L. 21. §. 1. D. (28. 1.)

213) L. 12. D. (2. 15.) L. 52. pr. L. 99. pr. D. (45. 1.) L. 9. D. (46. 5.)

214) Savigny, System Bd. IV, §. 202, S. 536—560. Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 24, S. 215—224. Brandis, über absolute und relative Nichtigkeit in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 121—205.

215) Die Ausdrücke, deren sich die Quellen des römischen Rechtes zur Bezeichnung der Nichtigkeit bedienen, sind sehr mannigfach. Vgl. darüber Sintenis a. a. O. S. 216, N. 1 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Diese Ausdrücke bezeichnen aber nicht immer blos die Nichtigkeit, sondern auch die Anfechtbarkeit durch Klage oder Einrede oder Restitution, bisweilen auch thatsächliche Erfolglosigkeit. Nur die mit ipso iure verbundenen Ausdrücke weisen regelmäßig auf Nichtigkeit hin. Nur bei Obligationen wird dies auch von den der civilen Wirkung, der Klage ermangelnden Obligationen gebraucht, während doch eine naturalis obligatio besteht. Vgl. über den Ausdruck ipso iure zur Zeit des Formularprocesses Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast S. 37—66.

216) So von Savigny a. a. O. S. 536, 542. Derselbe versteht unter ungleichzeitiger Nichtigkeit auch das Erlöschen wirklich bestandener Rechte, wie bei jeder Obligation durch deren vollständige Erfüllung. Allein eine Obligation ist ein Rechtsverhältniß, aber kein Rechtsgeschäft, sondern erst Folge eines solchen oder einer anderen Handlung, woraus eine Obligation entspringt, wie

Nichtigkeit tritt in dem einen, wie in dem anderen Falle von selbst ein, was von dem Willen des Betheiligten ganz unabhängig ist, auch nicht durch besondere Mittel erst herbeigeführt zu werden braucht. Ueber die Nichtigkeit einer Handlung kann allerdings Streit obwalten und ein richterliches Erkenntniß deshalb nöthig werden; der richterliche Ausspruch aber, welcher für die Nichtigkeit ausfällt, führt dieselbe nicht erst herbei, sondern erkennt sie nur als durch andere Gründe bereits bestehend an[216a]). Die gleichzeitige Nichtigkeit beruht in dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen und Erfordernisse, die zur Existenz und zum rechtlichen Begriffe des Geschäftes gehören, und ohne deren Dasein das Geschäft als nicht vorhanden erscheint. Die ungleichzeitige Nichtigkeit setzt voraus, daß das Geschäft wirksam geworden wäre, also dessen Voraussetzungen und Erfordernisse schon vorhanden waren und nur ein hinzutretender Umstand solche vereitelte. Die Voraussetzungen, deren Mangel eine gleichzeitige Nichtigkeit bewirkt, lassen sich auf zwei Klassen zurückführen. Die erste Klasse bezieht sich auf die rechtliche Bedeutsamkeit und Möglichkeit der Handlungen an sich und im allgemeinen. Es muß nämlich 1) die Handlung sowohl in ihrem Zwecke, als in den Mitteln zu dessen Erreichung in den Gesetzen im allgemeinen anerkannt sein, widrigenfalls hat sie keine rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit[217]). 2) Dem Geschäfte darf kein gesetzliches Verbot entgegenstehen. Dergleichen Verbote kommen schon im römischen Rechte mitunter vor, und haben verschiedene Gründe; häufiger sind sie heutzutage und beruhen meistentheils auf polizeilichen Rücksichten. Ein dem gesetzlichen Verbote zuwider unternommenes Geschäft ist immer nichtig[218]); ausnahmsweise wird in einigen Fällen das Geschäft zwar erhalten, aber in seiner vollen Wirksamkeit beschränkt, welche Beschränkung durch dagegen zustehende Exceptionen vermittelt wird[219]), oder es wird dem gegen das Verbot Handelnden nur eine Strafe gedroht, welche in verschiedenen Nachtheilen bestehen kann. Aus der bloßen Androhung einer Strafe auf eine Handlung folgt deren Nichtigkeit an sich noch nicht; der Gesetzgeber kann aus besonderen Gründen Strafen androhen, ohne die Wirkung der Nichtigkeit an die verpönte Handlung zu knüpfen, und es bedarf jedesmal einer besonderen Untersuchung, ob die Handlung nichtig sei oder nicht[220]). Die zweite Klasse von Voraussetzungen hat Bezug

---

eines Delictes; es kann daher wohl von einem Aufhören des Rechtsverhältnisses, nicht aber von einer Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes dabei die Rede sein.

216a) Brandis, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 123.

217) Z. B. durch nuda pacta kann kein Eigenthum übertragen werden. L. 20. C. (II. 3.) Dieselben erzeugen nach römischem Rechte keine Klage, sondern nur eine Exception. L. 13. 21. C. (II. 3.) Erbverträge gewähren nach römischem Rechte kein Erbrecht. L. 15. 19. C. (II. 3.)

218) L. 5. C. (I. 14.)

219) So in den Fällen, wo gegen das SC. Macedonianum und Velleianum gehandelt worden ist. Savigny a. a. O. S. 551.

220) Aus L. 5. C. (I. 14.) folgt die Nichtigkeit noch nicht. A. M. ist

theils auf die Person dessen, der ein Geschäft vornimmt, theils auf die Art und Weise seiner Eingehung, und umfaßt 1) die Fähigkeit zu rechtlichen Handlungen; 2) das Vorhandensein des Willens; 3) die Beobachtung der für gewisse Handlungen gesetzlich bestimmten Form; 4) die Beobachtung der dem fraglichen Rechtsgeschäfte eigenthümlichen wesentlichen Bestandtheile, die bei den verschiedenen Rechtsgeschäften sehr verschieden sind. Die ungleichzeitige Nichtigkeit kann sehr verschiedene Gründe haben, welche sich unter allgemeine Gesichtspunkte nicht bringen lassen, und zweckmäßig bei den einzelnen Rechtsverhältnissen erwähnt werden, um so mehr, als, wenn man jene Gründe auch im allgemeinen auf den Wegfall einer der vorher aufgeführten Voraussetzungen, mit Ausnahme der dritten, zurückführen kann, doch dieser Wegfall nicht immer auch Nichtigkeit zur Folge hat [221]). Unter die Fälle eintretender ungleichzeitiger Nichtigkeit gehören aber nur die Handlungen, welche ursprünglich keinen Mangel ihrer Wirksamkeit an sich trugen, aber auch vor Eintritt dieses Mangels noch kein Recht begründet hatten; hatten solche ein Recht schon wirklich begründet, so erlischt dieses Recht zwar, wenn die Handlung wirksam zu sein aufhört; aber das Recht hat schon bestanden, und eine wirksam gewesene Handlung kann man nicht nichtig nennen [222]). Nur bei Rechtsgeschäften, welche unter Resolutivbedingungen geschlossen sind, findet eine Ausnahme davon statt, indem das Rechtsverhältniß, dessen Entstehung sie bezwecken, wirklich zur Existenz kommt, mit Eintritt der Bedingung aber von Anfang an wieder aufgehoben wird mit allen seinen Folgen; eine Ausnahme, welche in der eigenthümlichen Natur der auflösenden Bedingungen ihren Grund hat und mit welcher das Erlöschen der Rechte in anderen Fällen nicht verglichen werden darf, weil die Wirkungen derselben, welche in Bezug auf Aenderung von Rechtsverhältnissen eingetreten sind, deshalb nicht auch aufhören. — Der Begriff von Nichtigkeit ist bei der gleich-

---

Savigny a. a. O. S. 552. Meiner Ansicht nach kann überhaupt das römische Recht in diesem Falle nicht als maßgebend betrachtet werden.

221) Z. B. ein Testament bleibt, wenn der Testirer nach dessen Errichtung wahnsinnig wird und so stirbt, giltig; dagegen verliert ein Testament durch die Errichtung eines späteren Testamentes und die darin liegende Willensänderung seine Giltigkeit. Vgl. auch L. 85. §. 1. D. (50. 17.) L. 140. §. 2. D. (45. 1.) Der Versuch Einzelner, wie von I. Gothofredus, in tit. de R. I. L. 85. §. 1. Averanius, interpret. iur. civ. lib. I. cap. 24—26., die einzelnen Fälle nach verschiedenen Unterscheidungen unter gewisse Klassen zu bringen, ist fruchtlos. Savigny a. a. O. S. 554.

222) Dies hebt Sintenis a. a. O. S. 219 u. N. 14 mit Recht gegen Savigny a. a. O. S. 542 hervor, welcher zu den Fällen der ungleichzeitigen Nichtigkeit auch das Erlöschen einer Obligation durch deren Erfüllung zählt. Die Fälle der ungleichzeitigen Nichtigkeit reduciren sich auf letztwillige Verfügungen, welche giltig gewesen wären, wenn der Testator unmittelbar nach ihrer Errichtung gestorben wäre, welche aber durch Umstände, welche bis zu seinem Tode eingetreten sind, oder durch Agnation eines postumus ihre Giltigkeit verloren haben. Sintenis a. a. O.

zeitigen und ungleichzeitigen Nichtigkeit derselbe; sie kommen beide darin überein, daß sie die Negation eines Rechtsgeschäftes enthalten, daß sie das Dasein oder Dagewesensein eines Rechtsgeschäftes und dessen Wirksamkeit in irgend einer Weise leugnen[223]). Durch die Nichtigkeit entsteht aber kein Recht und kein Rechtsverhältniß; sie ist ein Ereigniß; es bedarf keines besonderen Rechtes, sie geltend zu machen. Damit hängt die gewöhnliche Eintheilung in absolute und relative Nichtigkeit zusammen, deren Unterschied darin gesetzt wird, daß erstere von einem jeden dabei Interessirten, letztere nur von bestimmten Personen geltend gemacht werden könne[224]), eine Eintheilung, deren Richtigkeit in neueren Zeiten angegriffen worden ist, so daß die relative Nichtigkeit in dem angegebenen Sinne ganz geleugnet wird[225]). Die Annahme der relativen Nichtigkeit läßt sich nicht rechtfertigen. Sie beruht besonders auf zwei als unrichtig zu bezeichnenden Voraussetzungen. Die erste dieser Voraussetzungen ist die früher vielfach angenommene allgemeine Nichtigkeitsklage (querela nullitatis) zur Anfechtung solcher nichtigen Rechtsgeschäfte, wodurch man in Schaden kommen würde, eine Klage, welche aber gar nicht existirt, deren es aber auch nicht bedarf, weil, was nichtig ist, nicht erst umgestoßen werden muß[226]), und die Nichtigkeit daher immer nur als Umstand, als Grund für den Erfolg anderer Klagen berücksichtigt wird. Die zweite dieser Voraussetzungen beruht auf der Annahme, daß in manchen Fällen die Nichtigkeit nur von gewissen Personen geltend gemacht werden könne, während andere also die Handlung als giltig gegen sich anerkennen müßten. Es liegt aber a) schon darin ein Widerspruch, daß ein Rechtsgeschäft zugleich (für Einen) vorhanden, und (für den Anderen) nicht vorhanden sein soll. Sein und Nichtdasein eines Gegenstandes sind so schlechthin widerstreitende Begriffe, daß sie auch in Rücksicht verschiedener bei ihm be=

---

223) Brandis, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 123. Bethmann=Hollweg, im Rhein. Mus. Bd. I, S. 266.

224) Es ist dies die gangbare Ansicht in den Lehrbüchern des Civilrechtes. Vgl. Brandis a. a. O. S. 121. Dagegen nimmt Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 113, N. 1 und Andere (s. Brandis a. a. O. S. 122, N. 1), relative Nichtigkeit in dem Sinne, daß darunter beschränkte Nichtigkeit verstanden wird, namentlich die Fälle, wenn nicht der ganze Inhalt des Geschäftes wegfällt, oder das Dasein der Nichtigkeit erst nach einem späteren Zeitpunkte bestimmt wird, oder wenn sie durch nachfolgende Einwilligung oder Verzicht der betheiligten verletzten Person getheilt werden kann, im Gegensatze der absoluten, wenn das ganze Geschäft in Wegfall kommt. Vgl. Brandis a. a. O. S. 122.

225) Brandis a. a. O. Auch Savigny a. a. O S. 540 flg. behauptet überall absolute Nichtigkeit außer in zwei Fällen, nämlich wenn ein Unmündiger einen gegenseitigen Vertrag geschlossen hat, und wenn einem socius gekündigt worden ist, indem es diesem freisteht, ob er den Societätscontract für die Zwischenzeit als giltig oder nichtig betrachten will.

226) Savigny a. a. O. S. 540. Nur der Fall der Präterition eines suus hat die so verbreitete Ansicht von einer querela nullitatis veranlaßt. Savigny ebd. N. 9.

theiligter Personen unmöglich neben einander bestehen können. Soll ein Rechtsgeschäft irgend noch Wirkungen äußern, so muß noch etwas von ihm fortbestehen; dies führt aber zu nichts Anderem, als zu theilweiser Nichtigkeit. b) Unverträglich mit wahrer Nichtigkeit ist, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit von Seiten der berechtigten Person die Vernichtung des Rechtsgeschäftes auch für die Uebrigen bewirken können soll. Man legt hierbei der Berufung auf Nichtigkeit wirkliche Rescissionskraft bei, welche sie weder hat, noch haben kann. Hat eine bestimmte Person aus einem besonderen Grunde das Recht, auf Wiederaufhebung eines an sich giltigen Rechtsgeschäftes oder eines giltigen Theiles desselben anzutragen, und bedient sich dieses Rechtes nicht, so besteht das Geschäft für Alle fort; setzt sie die Aufhebung durch, so hört es dann erst für Alle auf, und selbstverständlich kann nicht ein anderer Interessent deshalb, weil jener die Aufhebung verlangen darf, selbst auf Rescission dringen, weil dies Ansprüche ex iure tertii machen hieße. Dagegen bei der Nichtigkeit, welche gar kein Anfechtungsrecht voraussetzt, kann durch die Berufung des Einen nicht erst für die übrigen Betheiligten das gleiche Recht begründet werden; sie müssen es vielmehr selbstständig auch ohne und vor ihm haben dürfen; den Rechtsanspruch selbst, den sie geltend machen, müssen sie wo anders herleiten; hier ist von keinem Anspruche ex iure tertii die Rede[227]). Dazu kommt c) daß in mehreren Fällen die Nichtigkeit, obwohl sie nur um einer bestimmten Person willen angenommen wird, als absolute sich zeigt[228]); d) daß ferner in den für die relative Nichtigkeit angeführten Fällen die Annahme einer solchen ohne Grund ist, wie bei den sog. pacta claudicantia, wo, soweit Nichtigkeit eintritt, was blos in Ansehung der Verpflichtungen der Fall ist, nur eine theilweise Nichtigkeit vorliegt, auf welche sich auch andere Betheiligte berufen dürfen[229]) und in den Fällen nichtiger Veräußerungen[230]). Als eine Nichtigkeit wegen

227) Brandis a. a. O. S. 124, 125.

228) So war ein Testament, in welchem ein suus präterirt ist, um seinetwillen nichtig und nach dem Civilrechte konnte Niemand Erbe aus demselben werden, auch wenn jener wegfiel oder abstinirte, §. 4. Inst. (II. 13.). Es trat ohne Rücksicht auf den Willen des Präterirten sofort mit dem Tode die Intestaterbfolge ein. L. 28. pr. L. 32. D. (28. 2.) L. 1. §. 9. D. (38. 6.) L. 17. D. (28. 3.) Wenn ein Schiedsrichter die Compromittenten an einen Ort citirt, an welchem zu erscheinen nur dem Einen nicht ehrenvoll ist, so kann doch auch der Andere den Befehl unbefolgt lassen, ohne in die Strafe des Compromisses zu verfallen und sich sogar dann auf die Nichtigkeit berufen, wenn der, um dessen willen sie eintrat, dessen ungeachtet den Befehl freiwillig befolgt hätte. L. 21. §. 11. D. (4. 8.) Contrahirt Jemand mit einem zu dem beabsichtigten Geschäfte wegen eines Hindernisses in seiner Person Unfähigen, so kann nicht blos dieser, sondern auch jeder Mitcontrahent die Nichtigkeit geltend machen. L. 32. §. 8. D. (4. 8.) Brandis a. a. O. S. 127—131.

229) Brandis a. a. O. S. 131, 133 flg.

230) So kann der Veräußerer einer res litigiosa selbst zurückfordern (L. 2 —4. C. de litigios. (VIII. 36. (37.)), während die Veräußerung um des Gegners willen nichtig ist. Der Vasall, der das Lehen veräußerte, kann selbst vindiciren,

Mangels eines Requisits des Rechtsgeschäftes kann der Fall nicht angesehen werden, wenn die definitive Giltigkeit der Handlung von dem Eintritte irgend eines Umstandes abhängig gemacht worden ist, oder wenn eine den objectiven und rechtlichen Bestand des Geschäftes in Ansehung ihres Zweckes und Inhaltes betreffende Voraussetzung noch nicht eingetreten ist, so daß deren späterer Eintritt darüber entscheidet, ob das ganze Geschäft als zu Stande gekommen anzusehen, oder nicht als vorhanden zu betrachten ist. Ersteres ist der Fall, wenn Suspensivbedingungen mit einem Geschäfte verbunden sind; letzteres ist der Fall theils bei gewissen Geschäften, die ihrer Natur nach von gewissen sich von selbst verstehenden Voraussetzungen abhängen[231]), theils bei Geschäften in Bezug auf künftige Gegenstände, deren Existenz aber erwartet wird[232]). In diesen Fällen kann von einer Nichtigkeit des Geschäftes wegen eines von Anfang an vorhandenen Mangels und von einer späteren Gelangung des Geschäftes zur Wirksamkeit wegen späteren Wegfalles dieses Mangels nicht die Rede sein. Denn es ist die Eingehung der Geschäfte auf diese Weise gestattet; nur hängt es von dem Eintritte oder dem Wegfalle der Bedingung und des schwebend gebliebenen Umstandes ab, ob das Geschäft nunmehr als definitiv zu Stande gekommen, oder als nicht vorgenommen, als nichtig anzusehen sei. Deshalb ist auch der Zustand in der Zwischenzeit bis zum Eintritt oder Wegfall jenes Umstandes allerdings ein rechtlich in Betracht kommender, über welchen rechtliche Grundsätze existiren. Es gilt vielmehr die Regel, daß dasjenige, was von Anfang an nichtig ist, durch spätere Ereignisse nicht giltig werden könne[233]), auch nicht durch eine solche Veränderung der Umstände, daß das Geschäft, wenn es unter ihnen vorgenommen würde, vollständig wirksam sein würde. Von

---

sofern er in bona fide war (II. Feud. 26. §. 18.) und doch ist die Veräußerung blos um des Lehenherrn willen nichtig. Wegen der Nichtigkeit der ungesetzlichen Veräußerung der Mündelgelder s. Brandis a. a. O. S. 187 flg.; wegen der eines Dotalgrundstückes ebd. S. 191 flg. und Glück, Erl. der Pand. Bd. XXV, S. 394; wegen der gegen richterliches Veräußerungsverbot Brandis ebd. S. 194 flg., wo gezeigt wird, daß auch hier eine relative Nichtigkeit nicht anzunehmen sei.

231) Wie bei dem Versprechen und dem Legat der dos, welches immer unter der stillschweigenden Bedingung der künftigen Verehelichung verstanden wird, L. 68. D. (23. 3.); ferner bei den Legaten, für deren Giltigkeit der Erbschaftsantritt rechtliche Voraussetzung ist, L. 107. D. (35. 1.) L. 22. §. 1. D. (36. 2.); bei Verpfändung einer Sache, si debitoris facta fuerit und der fructus, si nascantur. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 167, N. 5 u. 8.

232) Wie bei Verpfändung für eine noch nicht existirende Obligation, Bestellung von Servituten für noch nicht bestehende Gebäude, oder an solchen, und bei der sog. emtio et venditio spei. L. 8. §. 1. D. (18. 1.) Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 168, N. 8.

233) L. 29. D. (50. 17.) Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Für Testamente ist die Regel noch besonders bestätigt. L. 201. D. (50. 17.) Auch die regula Catoniana bei den Legaten ist eigentlich nur eine Wiederholung derselben. L. 1. pr. D. (34. 7.)

dieser Regel werden gewöhnlich vielfache Ausnahmen gemacht. Die meisten derselben reduciren sich aber darauf, daß nicht ein früheres ungiltiges Geschäft giltig und ein Mangel desselben geheilt, sondern daß vielmehr ein ganz neues Geschäft derselben Art eingegangen wird[234]). Ebenso können die Fälle der Genehmigung nicht als solche angesehen werden, in welchen ein von Anfang an ungiltiges Geschäft durch ein späteres Ereigniß giltig wird. Denn wenn auch gleich die Genehmigung rückwärts wirkt, so liegt darin doch keine wahre Convalescenz, sondern der Genehmigende hat das Geschäft, welches er genehmigt, in allen seinen Theilen zu dem seinigen gemacht, also auch in Ansehung der Zeit, von welcher an es wirksam sein sollte; die Genehmigung ist eine neue andere Handlung, wodurch der Genehmigende die Handlung eines Anderen ganz zu der seinigen macht, mit allen Wirkungen der ersteren in der Zwischenzeit bis zur Genehmigung[235]). Nur zwei wahre Ausnahmen von jener Regel bestehen; wenn nämlich ein Ehemann ein Dotalgrundstück veräußert, so ist diese Veräußerung nichtig, sie wird aber giltig, wenn der Ehemann später die ganze dos erwirbt, es bedarf also auch nicht einer Wiederholung der Uebergabe[236]); dasselbe ist der Fall mit einer von einem Nichteigenthümer geschehenen Veräußerung, wenn er später das Eigenthum erwirbt, wo dann der Käufer von selbst Eigenthümer wird ohne neue Uebergabe[237]). — Der Umfang der Wirkungen der Nichtigkeit ist verschieden, je nachdem das Geschäft im ganzen oder nur in einzelnen Theilen als nichtig erscheint. Es entscheiden darüber die Gründe der Nichtigkeit. Gänzliche Nichtigkeit tritt immer ein wegen Mangels der Handlungsfähigkeit, in der Regel, wenn das Geschäft überhaupt in den Gesetzen als ein solches, welches den bezweckten Erfolg haben könnte, nicht anerkannt oder gesetzlich verboten ist, oder wenn es an dem Dasein des erforderlichen Willens fehlt. Die Vernachlässigung der vorgeschriebenen Form kann nach der Natur des Geschäftes bald gänzliche, bald theilweise Nichtigkeit zur Folge haben; erstere ist aber hier die Regel, letztere ist Ausnahme und tritt in dem Falle ein, wenn die Gesetze für Geschäfte, wenn sie eine gewisse Summe übersteigen, Beobachtung einer gewissen Form vorschreiben und diese bei einem die fragliche Summe übersteigenden Gegenstande des Geschäftes nicht beobachtet worden ist, welchenfalls das Geschäft hinsichtlich des Mehrbetrages ungiltig, hinsichtlich des die bestimmte Summe nicht übersteigenden Betrages giltig ist. Auch der Mangel

---

234) So in den Fällen der L. 4. 27. 65. §. 1. D. (23. 2.) pr. Inst. (I. 10.) L. 68. D. (23. 3.) L. 11. D. (1. 5.) L. 1. §. 1. D. (32.) Savigny a. a. O. S. 555—558.

235) Savigny a. a. O. S. 558. Sintenis a. a. O. S. 162, N. 19.

236) L. 42. D. (41. 3.) und dazu Brandis a. a. O. S. 182. Savigny a. a. O. S. 559, N. bb.

237) L. 42. D. (41. 3.) fin. L. 4. §. 32. D. (44. 4.) Savigny a. a. O. S. 559.

eines eigenthümlichen wesentlichen Bestandtheiles eines Geschäftes kann nach den Umständen gänzliche oder theilweise Nichtigkeit zur Folge haben; es hängt dies noch von der Bedeutung und dem Zwecke der im einzelnen Falle fehlenden Essentialien ab. Ist übrigens ein Geschäft seinem Hauptinhalte nach nichtig, so kommt regelmäßig auch alles damit Zusammenhängende in Wegfall[238]), wenn nicht besondere positive Bestimmungen eine Ausnahme davon begründen. Leidet dagegen nur ein Theil des Geschäftes an Nichtigkeit, ohne den es übrigens bestehen kann, so bleibt der übrige nicht nichtige Theil des Geschäftes bei Kräften[239]). — Bisweilen kann ein mangelhaftes Geschäft in einer anderen Gestalt, als in der ursprünglich beabsichtigten, erhalten werden; es geht dann in ein anderes über und hat dessen Wirkungen (sog. conversio negotiorum). Soll dies eintreten, so muß das mangelhafte Geschäft auch die Voraussetzungen des anderen Geschäftes haben; auch muß von Seiten dessen, der das Geschäft vornimmt, ausdrücklich oder stillschweigend die Absicht erklärt worden sein, daß das Geschäft, wenn es in der ursprünglich beabsichtigten Gestalt nicht erhalten werden könne, wenigstens in dieser anderen Gestalt bestehen solle[240]). II. Von der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte ist die Anfechtbarkeit derselben zu unterscheiden[241]). Letztere setzt ein an sich giltiges Rechtsgeschäft voraus, welches von demjenigen, gegen welchen dessen Wirkungen geltend gemacht werden oder werden können, als wirkungslos angefochten werden kann. Die Gründe der Anfechtbarkeit sind theils spätere rechtlich bedeutsame Thatsachen, welche die Wirkung des Geschäftes ausschließen, ohne daß darum dasselbe in seiner Existenz angegriffen und als nicht geschehen angesehen wird, theils positive Vorschriften, deren Gründe sehr verschieden sein können, und von denen manche ebensogut Gründe der Nichtigkeit sein könnten, wenn das Gesetz sie zu solchen gemacht hätte[242]). In allen Fällen der Anfechtbarkeit existirt eine wirkliche Befugniß einer bestimmten Person zur Anfechtung der Wirkung des gegen sie geltend gemachten Geschäftes, und es ist Gebrauch dieser Befugniß nöthig, weil sonst die Wirkungen des Geschäftes ungehindert eintreten[243]). Zur Geltend-

---

238) L. 178. D. (50. 17.)

239) Beispiele sind enthalten in L. 1. §. 5. D. (45. 1.) L. 20. 29. D. (22. 1.) L. 31. §. 4. D. (24. 1.)

240) Beispiele sind enthalten in L. 5. pr. D. (18. 5.) L. 41. §. 3. D. (28. 6.) L. 1. D. (29. 7.) L. 8. pr. §. 1. C. (VI. 36.) L. 8. pr. D. (46. 7.) Das hauptsächlichste Beispiel ist die sog. Codicillarclausel, welche aber immer ausdrücklich hinzugefügt werden muß. L. 41. §. 3. D. (28. 26.)

241) So bezeichnet sie Savigny a. a. O. S. 537, der sie auch unvollständige Ungiltigkeit nennt. Vgl. über den Unterschied auch Helmolt, Verhältnisse der Exceptionen zur Beweislast S. 54 flg.

242) Z. B. die Vorschriften des SC. Velleianum und Macedonianum. Ueber ersteres vgl. Sintenis in Sell, Jahrb. Bd. II, S. 352 flg. In den Quellen werden von dergleichen Geschäften die Ausdrücke negotia rupta, irrita facta, infirmata, rescissa gebraucht.

243) Savigny a. a. O. S. 537, 539, 543.

machung dieser Befugniß stehen Rechtsmittel zu, entweder Klagen, welche theils in der Natur des eingegangenen Geschäftes und den Umständen, welche dasselbe begleiten, theils in einer selbstständigen, entweder gleichzeitig mit dem Geschäft vorhandenen oder später entstandenen Thatsache gegründet sein können[244]); oder Einreden, welche gerade in dieser Beziehung sehr wichtig sind, namentlich zur Entkräftung von Obligationen[245]); oder Restitutionen, welche, je nachdem der zur Anfechtung Berechtigte selbst klagt, oder angegriffen wird, in der processualischen Form der Klagen oder der Einreden geltend gemacht werden. Auch den Anfechtungsgründen können wieder andere Thatsachen entgegenstehen, welche ihre Wirkung entkräften und das angefochtene erste Geschäft erhalten, und im Processe als Repliken geltend gemacht werden. Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft infolge der Anfechtung wirkungslos, so nennt man dies Infirmation oder Rescission des Geschäftes. Die Gründe der Anfechtbarkeit können ebenso, wie die der Nichtigkeit, entweder gleichzeitig mit dem Geschäft vorhanden sein und in den dasselbe begleitenden eigenthümlichen Umständen, welche mit dem Geschäft zusammen Einen Act bilden, beruhen, oder sie bestehen in späteren vom Geschäft unabhängigen selbstständigen Thatsachen. Daher unterscheidet man auch eine gleichzeitige und ungleichzeitige Anfechtbarkeit[246]), eine Verschiedenheit, welche jedoch weder praktisch noch wissenschaftlich von Bedeutung ist[247]).

Heimbach sen.

Rechtshilfe. Im römischen Verfahren konnte der Beklagte nicht anders vorgeladen werden, als wenn er im Gerichtsbezirke des competenten Richters anwesend oder dort wohnhaft war[1]), und es war kein anderes Zwangsmittel, kraft dessen eine solche im Gerichtsbezirke nicht anwesende oder nicht wohnhafte Person als Partei in einer Civilsache behandelt werden konnte, zulässig, als die missio in ihre in dem Gerichtsbezirke befindlichen Güter[2]). Daß eine solche Person mittelst Hilfe eines fremden Richters zur Verhandlung und Entscheidung einer Sache habe vorgeladen werden können, davon findet sich bei den Römern keine Spur. Nur die Hilfeleistung eines fremden Richters bei der Execution kam hinsichtlich der zu Rom gefällten Erkenntnisse mittelst Hilfe der Provinzialobrigkeiten vor[3]). Außerdem kennt das römische Recht

---

244) Sintenis a. a. O. S. 224, N. 27. Beispiele der ersteren Art sind die actio quod metus causa und die actio Pauliana.

245) Die umfassendste und wichtigste Einrede dieser Art ist die doli exceptio, über welche vgl. Helmolt a. a. O. §. 16, S. 181 flg.

246) So Savigny a. a. O. S. 542 flg.

247) Sintenis a. a. O. S. 224.

1) Brackenhöft, Erörterungen S. 218.

2) L. 1—3. D. (42. 5.) L. 19. §. 2. D. (5. 1.) L. 2. C. (III. 19.) L. un. C. (III. 20.) Brackenhöft a. a. O. u. S. 529.

3) L. 15. §. 1. D. (42. 1. Gegen die Ansicht, daß hier eine Rechtshilfe stattgefunden habe, in dem Sinne, wie sie heutzutage vorkommt, ist aber zu er=

eine Hilfeleistung durch fremde Richter nur hinsichtlich der Verfolgung flüchtiger Verbrecher[4]), und hinsichtlich der Auslieferung entflohener Colonen, welche zu den im Bezirke des einen Richters gelegenen Grundbesitzungen gehören, durch den Richter, in dessen Bezirk sie geflüchtet sind[5]). Zeugen konnten zwar aus einer civitas in die andere evocirt werden, wo die Statthaftigkeit dieser Evocation durch den Gebrauch anerkannt und die Entfernung nicht zu bedeutend war[6]); es scheint dies aber nach der Fassung der einschlagenden Stelle auf den Fall beschränkt werden zu müssen, wenn die mehreren civitates in derselben Provinz liegen. In der Bestimmung, daß der iudex delegans auf den Bericht des iudex delegatus denjenigen, welcher eidlich gelobt hatte, sich vor Gericht zu stellen und diesem Gelöbniß nicht nachgekommen war, als einen Eidesbrüchigen verfolgen solle[7]), liegt keine Hilfeleistung durch einen fremden Richter, sondern es findet hier zwischen den beiden Beamten ein Subordinationsverhältniß statt, gleichwie zwischen dem mit der Execution beauftragten unteren Gerichtsbeamten und dem Richter[8]). Im kanonischen Rechte ist die Hilfe fremder Richter auch in Ansehung der Vollstreckung des Urtheiles ohne Beschränkung auf einen gewissen Fall anerkannt[9]) und auf die Execution der missio in bona im Falle der Contumaz ausgedehnt worden[10]). Die richterliche Hilfe bei Vorladung einer Person zu einer vorzunehmenden Parteihandlung im Civilprocesse unter coordinirten Gerichten ist lediglich ein Erzeugniß der teutschen Praxis. Zur Hilfe Rechtens (subsidium iuris) war zur Zeit des teutschen Reiches jedes teutsche Gericht dem anderen verpflichtet; seit Auflösung des Rechtes entscheiden darüber gewöhnlich Staatsverträge. Findet zwischen den Gerichten, von denen das eine die Mitwirkung des anderen in Anspruch nimmt, ein Subordinationsverhältniß statt, so wird die Mitwirkung des Obergerichtes durch Berichte des Untergerichtes erbeten; das Obergericht dagegen nimmt die Mitwirkung des unteren Gerichtes durch Rescripte in Anspruch. Daß letzteren Falles das Untergericht seine Mitwirkung nicht verweigern dürfe, liegt in dem Subordinationsverhältnisse, vermöge dessen ihm die Verbindlichkeit

innern, daß in der angezogenen Stelle von einem den Provinzialstatthaltern zugegangenen Befehl zur Execution des Erkenntnisses der Rede ist, der nicht vom Prätor als einer coordinirten Behörde, sondern von einer über beiden stehenden Behörde, wie dem Kaiser, ausgehen mußte.

4) Nov. 134. cap. 5.

5) Nov. 17. cap. 14.

6) L. 3. §. 6. D. (22. 5.)

7) Nov. 53. cap. 4.

8) L. 6. 8. C. (VII. 53.) Brackenhöft a. a. O. S. 530.

9) Cap. 14. X. (II. 2.) Dagegen können diejenigen Stellen, welche von der Execution eines Urtheiles des iudex delegatus oder des Pabstes durch den iudex ordinarius handeln, wie cap. 28. §. 3. X. (I. 29.) cap. 5. X. (II. 28.) cap. 5. X. (II. 27.) auf eine Hilfe durch fremde Richter nicht bezogen werden. Brackenhöft a. a. O. S. 530, N. 9.

10) Cap. 1. §. 3. de foro competente in VI. (II. 2.)

obliegt, die Befehle und Auflagen des zuständigen Obergerichtes zu befolgen. Gerichte, zwischen welchen ein Coordinationsverhältniß stattfindet, ersuchen einander um Vornahme einer gerichtlichen Handlung durch Ersuchungsschreiben oder Requisitionen (literae requisitoriales s. literae mutui compassus), welche man unter Obergerichten gleichen Ranges auch Communicate nennt[11]. In dem Ersuchungsschreiben ist der requirirte Richter von den Gründen, aus welchen seine Mitwirkung in Anspruch genommen wird, in Kenntniß zu setzen, um die Rechtmäßigkeit dieser Anforderung beurtheilen zu können; er hat zwar keine Befugniß zur Verfügung in der Sache selbst, darf und muß aber seine Mitwirkung, wenn sie rechtswidrig sein würde, verweigern. Nur, wenn sein eigenes Verfahren angefochten wird, steht ihm die Entscheidung über die erhobene Beschwerde selbst zu. Was insbesondre die Requisition zur Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse anlangt, so sind Einreden in der Hauptsache, welche bei dem zur Execution requirirten Richter vorgebracht werden, von dem requirirten Richter an den Requirenten, den er davon in Kenntniß zu setzen hat, zu verweisen, welchem die Entscheidung darüber, bis zu welcher die Execution aufzuschieben ist, zu überlassen ist; über Einreden hingegen, welche gegen das Verfahren des requirirten Richters bei Anwendung der erforderlichen Zwangsmittel gestellt werden, hat der requirirte Richter selbst zu entscheiden[12]. Nur wenn dem requirirten Richter in der

---

11) Vgl. darüber Zwierlein, de literis requisit. ex usu rom. antiquo et recent. 1758. Rodschied, de literis mutui compassus. 1776. Hartleben, Erläuterung der Rechtsmaterie von Requisitionen, 1792.

12) L. 4. pr. §. 1. D. (49. 1.) L. 5. C. (VII. 65.) L. 6. 8. C. (VII. 53.) cap. 28. §. 3. X. (I. 29.) cap. 5. X. (V. 27.) Gesterding, Nachforschungen Bd. II, S. 313 flg. Linde, Handb. über die Rechtsmittel Bd. I, S. 208 flg. A. M. ist Gönner, Hdbch. des gem. teutschen Proc. Bd. III, Nr. 61, §. 23, S. 344 flg. Nach ihm soll die durch Excesse des requirirten Richters in der Execution beschwerte Partei sowohl diesem als dem requirirenden Richter das Nöthige vorstellen, um den ersteren entweder selbst oder durch Unterstützung des letzteren von der Verletzung abzubringen; wenn beides fruchtlos sei, so mache sich entweder der requirirende Richter durch Genehmigung des Excesses desselben theilhaftig, welchenfalls an dessen höheren Richter zu appelliren sei, oder er billige den Exceß nicht, welchenfalls der ganze Exceß allein Sache des requirirten Richters sei, wofür er die ganze Verantwortlichkeit tragen müsse; in diesem einzigen Falle sei Beschwerde bei dem Oberrichter des requirirten Richters zulässig. Diese Argumentation beruht auf der unrichtigen Ansicht, daß der requirirte Richter im Auftrage des Requirenten handle. Allein wenn auch die Thätigkeit des requirirten Richters durch die Requisition angeregt wird, sich innerhalb der Grenzen des Gesuches halten muß, auch nur so weit auszudehnen ist, als die Veranlassung reicht, und insoweit, als der Requirent sein Gesuch zurücknimmt, eingestellt werden muß, so ist doch der Grund dieser Thätigkeit die eigene Gerichtsbarkeit des requirirten Richters, die er nicht im Auftrage eines anderen Richters, sondern kraft Autorisation der Staatsgewalt ausübt. Die Art der Execution ist eine rechtliche Handlung, deren Rechtsbeständigkeit nach den Gesetzen des requirirten Gerichtes zu beurtheilen ist, daher bei darüber ent=

Requisition zugleich eine bestimmte in seinem Bezirke anwendbare Executionsart vorgeschrieben ist, und gegen deren Zulässigkeit Einwendungen von demjenigen, welcher exequirt werden soll, erhoben werden, gehört die Prüfung und Entscheidung über diese Einwendungen für den Requirenten, weil von ihm allein in diesem Falle die beschwerende Bestimmung ausgeht, und der requirirte Richter ebensowenig die vorgeschriebene Executionsart, als die an ihn ergangene Anforderung abändern darf [13]). Eine Verpflichtung, einer Requisition zu entsprechen, haben nur die Gerichte des Inlandes, nicht aber ausländische Gerichte, außer infolge besonderer Staatsverträge. Doch wird in den teutschen Bundesstaaten von den Gerichten des einen Bundesstaates die richterliche Hilfe den Gerichten des anderen Bundesstaates selten versagt. Bei Verweigerung der Rechtshilfe von Seiten inländischer Gerichte ist Beschwerde bei der diesen vorgesetzten Oberbehörde zu führen; gegen auswärtige Gerichte bleibt, wenn diplomatische Verhandlungen fruchtlos sind, nur der Weg der Retorsion übrig. Daher kann der sog. assertio reciproci (Erbieten zu gleicher Rechtswillfährigkeit) auch nur im Verhältniß zu auswärtigen Gerichten Bedeutung beigelegt werden, welcher sie bei inländischen Gerichten, denen ohnehin die Pflicht zur Rechtshilfe obliegt, ermangelt [14]). Was insbesondre die gesuchte Rechtshilfe zur Vollstreckung ausländischer Urtheile anlangt, so war zu den Zeiten des teutschen Reiches die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile zwar als Regel anerkannt [15]); daß man aber dies nur auf die von dem Gerichte eines teutschen Reichslandes gefällten und in einem anderen Reichslande zu vollstreckenden Erkenntnisse beschränkte, geht daraus hervor, daß das Reichskammergericht nicht leicht eine ausländische Behörde wegen Vollziehung eines Urtheiles requirirte [16]), was die Ungeneigtheit, den Requisitionen fremder Gerichte zu entsprechen, beweist, indem man den Grundsatz aufstellte: incumbit domino respectu subditorum, ut ab iniuria maneant tuti [17]). Es wurde daher auch die Behauptung aufgestellt, daß dem wegen Vollstreckung auswärtiger Urtheile requirirten Richter das Recht der vorherigen Prüfung des Urtheiles zustehe, ein Recht, welches in einzelnen Reichslanden ausdrücklich ihm eingeräumt wurde [18]). Nach Auflösung des Reichsverbandes erhielt die Meinung

---

stehenden Streitigkeiten nur der requirirte Richter und dessen competentes Obergericht entscheiden darf. Linde a. a. O. S. 212—214.

13) Bayer, ordentl. Civilproc. S. 707, Ausg. 7. Schmid, Hdbch. des Civilproc. Bd. III, S. 340, N. 24.

14) Linde, Civilproc. §. 180, N. 5. Schmid, Hdbch. des Civilproc. Bd. I, S. 307.

15) Pütter, Rechtsfälle III. resp. 2. §. 20. Böhmer, Rechtsfälle I. resp. 89, S. 707. Vgl. auch Haas, de effectu exceptionis rei iudicatae in territor. alieno 1791.

16) Dies bezeugt Ludolf, obs. cam. obs. 120. n. 10.

17) Mittermaier, im Arch. f. civil. Proc. Bd. XIV, S. 84 flg.

18) Cod. iudic. Bavar. von 1753 cap. 18. n. 3.

das Uebergewicht, daß ein Staat die Urtheile der Gerichte eines anderen Staates nicht zu vollstrecken brauche[19]); die Ansicht, daß Teutschland nur eine Vereinigung mehrerer von einander unabhängiger in gewisser Art verbündeter Staaten sei und mißverstandenes Souveränetätsstreben erzeugten viele Beschränkungen, denen die Vollstreckung auswärtiger Urtheile in den teutschen Staaten unterworfen wurde, und deren Rechtfertigung man in den Bestimmungen des französischen Rechtes, welches die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile nicht anerkannte, finden zu können glaubte. Es ist auch nach Auflösung des Rheinbundes und nach der Stiftung des teutschen Bundes in den teutschen Bundesstaaten zu einem gleichförmigen Gebrauche nicht gekommen. In einigen Bundesstaaten entscheidet unbedingt das Princip der Reciprocität, in anderen ist die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile an gewisse Voraussetzungen geknüpft[20]). Abgesehen von partikularrechtlichen Bestimmungen muß die Vollstreckbarkeit der Urtheile der Gerichte auswärtiger Staaten schon deshalb als Regel anerkannt werden, weil das ganze nachbarliche Zusammenleben der Staaten und das wechselseitige Bedürfniß zur Annahme eines solchen völkerrechtlichen Zustandes führt, in welchem ein Staat die von den Gerichten des anderen Staates ergangenen Aussprüche als wahr präsumirt; in diesem Sinne vollstreckt daher auch der Staat das auswärtige Urtheil, indem er es als ein gerechtes präsumirt[21]). Die Präsumtion, daß das Urtheil gerecht sei, hängt davon ab: 1) ob das erkennende Gericht gehörig besetzt war, so daß es genügende Gewähr für eine gerechte Urtheilsfällung bot; 2) von dem Contumacialsystem des Landes; 3) von der Art der Beweismittel, auf welche das auswärtige Urtheil gebaut wurde. Die für jedes rechtskräftige Urtheil sprechende allgemeine Präsumtion hat den zur Vollstreckung desselben requirirten Richter insoweit zu leiten, daß er wenigstens den ersten, die Vollstreckung einleitenden Act zu erlassen hat, indem durch das der Partei, gegen welche die Execution geschehen soll, noch immer zu eröffnende rechtliche Gehör die Besorgniß eines zuzufügenden Unrechtes beseitigt werden kann. Es kommt darauf an, inwiefern diese Partei noch gegen das Urtheil Einwendungen machen darf. Hierüber entscheiden folgende Sätze: 1) die Vollstreckung des Urtheiles fällt weg, wenn die Partei durch ihre Einreden die Voraussetzungen zerstört, unter welchen der Staat das Urtheil als ein gerechtes vollstreckbares anerkennt; 2) dasselbe tritt ein, wenn die Partei erweisen kann, daß auch nach den Gesetzen des Staates, in welchem das Urtheil gefällt ist, dessen Execution abgewendet werden konnte; 3) bei einem Widerspruch des Urtheiles mit solchen Gesetzen des zur Vollstreckung requirirten Staates, deren Abänderung durch Privatwillkür unzulässig ist, darf keine Execution

19) Zachariä, Staatsrecht der rheinischen Bundesstaaten S. 70.

20) Mittermaier a. a. O. S. 86 flg. Vgl. auch den Artikel Execution Bd. IV, S. 105 flg.

21) Mittermaier a. a. O. S. 96.

verfügt werden. Der erste Satz erklärt sich daraus, daß der Staat nur deshalb vollstreckt, weil er das Urtheil für gerecht und vollstreckbar hält. Die Voraussetzungen, von denen die Gerechtigkeit und Vollstreckbarkeit abhängt, sind, daß ein wirkliches Gericht geurtheilt habe, Competenz des urtheilenden Gerichtes, und Rechtskraft des Urtheiles. Sobald der Mangel einer dieser Voraussetzungen dargethan wird, muß die Präsumtion der Wahrheit weichen. Der zweite Satz beruht darauf, daß die verurtheilte Partei durch die Vollstreckung des Urtheiles in einem fremden Lande nicht in eine schlimmere Lage kommen darf, als sie bei Vollstreckung der Hilfe in dem Lande, in welchem das Urtheil ergangen ist, gehabt haben würde. Daher sind a) alle Einreden, welche nach den jenseitigen Gesetzen der Execution entgegengesetzt werden können, auch von dem requirirten Richter zu beachten; b) dasselbe gilt von jedem Rechtsmittel, welches nach den jenseitigen Gesetzen die Nachtheile der Execution von dem exequirenden Theile abwenden kann; der requirirte Richter hat aber, da ihm die Entscheidung über die Streitpunkte, welche nicht die Rechtsbeständigkeit der executorischen Verfügung betreffen, nicht zusteht, die Vollstreckung aufzuschieben, den requirirenden Richter davon zu benachrichtigen und dessen weitere Anträge zu erwarten. Der dritte Satz beruht auf der Erwägung, daß der zur Vollstreckung requirirte Richter keine andere Rechtshilfe gewähren kann, als die er bei der Execution eines inländischen Urtheiles giebt, da er nur nach Anweisung der von der eigenen Staatsgewalt ertheilten Executionsordnung handeln darf. Die Annahme, daß die zu exequirende Partei sich den ausländischen Gesetzen unterworfen habe und daher diese maßgebend sein müßten, ist unnütz und unstatthaft, weil die Abänderung eines im Interesse öffentlicher Ordnung gegebenen oder überhaupt mit dem öffentlichen Rechte zusammenhängenden Gesetzes durch Privatwillkür unzulässig ist. Hiernach muß a) die Vollstreckung des auswärtigen Urtheiles unterbleiben, wenn eine nach den auswärtigen Gesetzen zwar zulässige, aber den Gesetzen des Landes, wo die Execution geschehen soll, widersprechende Executionsart verlangt wird; b) wenn das Urtheil auf Competenzverhältnissen des fremden Landes beruht, welche mit den Gesetzen, nach denen sich der requirirte Richter zu richten hat, im Widerspruche stehen, so ist die Execution zu versagen; c) dasselbe gilt, wenn das in einem auswärtigen Urtheile einer Partei zuerkannte Recht den absolut verbietenden Gesetzen, welche für das requirirte Gericht gelten, widerspricht. So weit die eben erwähnten Rücksichten reichen, ist der requirirte Richter auch zur Prüfung des auswärtigen Urtheiles ebenso berechtigt als verpflichtet[22]). Ueber andere hierbei vorkommende Fragen ist schon in einem anderen Artikel gehandelt worden[23]). Heimbach sen.

22) Mittermaier a. a. O. S. 98—103.

23) So über die Fragen, nach welchen Gesetzen die Competenz zu beurtheilen sei; ob der Mangel von Executionsgegenständen im Auslande voraus-

Rechtsmittel [1]. I. Begriff und Arten. Rechtsmittel überhaupt heißt jedes Mittel, was zur Wahrung der Rechte dient. In diesem weitesten Sinne umfaßt es sowohl die Mittel zur gerichtlichen Geltendmachung der Rechte, wodurch denselben gerichtliche Anerkennung und Schutz verschafft werden soll, wie Klagen, Einreden u. s. w., als auch die Mittel zur Sicherung gegen künftige Verletzungen, wie Cautionen u. dergl. Im Civilprocesse werden die zur Abwendung der Rechtsverletzungen, welche durch den Richter als solchen zugefügt worden sind, gegebenen Mittel vorzugsweise Rechtsmittel genannt. Diese setzen also eine Rechtsverletzung durch den Richter als solchen voraus. So lange also eine Verletzung im Rechtssinne noch nicht vollbracht ist, ist auch kein Rechtsmittel denkbar, weil die durch eine ohne vorgängiges rechtliches Gehör erlassene richterliche Verfügung beschwerte Partei durch Vertheidigung ihres Rechtes vor demselben Richter, ohne Beschwerdeführung über dessen Handlung, Hilfe durch denselben Richter in derselben Lage des Rechtsstreites, ohne neue Instanz, erlangen kann [2]; erst wenn der Richter ein Inhäsivdecret auf die Vertheidigung gegen das erste Decret ertheilt, ist der Fall der Einwendung eines Rechtsmittels vorhanden. Da die Verletzungen, welche durch die Rechtsmittel gehoben werden sollen, verschieden sein können, so sind hiernach auch die Rechtsmittel verschieden. 1) Wenn es blos darauf ankommt, eine gesetzwidrige Handlung oder Unterlassung des Richters durch Befehle des Oberrichters abzustellen, oder einen durch den Richter verursachten Schaden durch Entschädigung des Verletzten aufzuheben, oder gesetzwidriges Verfahren des Richters durch Strafe zu ahnden, so reichen die sog. einfachen Beschwerden (simplices querelae) hin [3]. 2) Wird bezweckt, daß die vom Richter ausgegangenen Verfügungen und Erkenntnisse, als Acte der richterlichen Beurtheilung, nochmals

---

gesetzt werde; ob der requirirte Richter für das Interesse inländischer Gläubiger von Amtswegen zu sorgen habe; ob der requirirte Richter die Vollstreckung erst von dem Nachweise der Reciprocität im Lande des requirirenden Gerichtes abhängig machen dürfe; vgl. den Artikel Execution Bd. IV, S. 106 flg. Ausführlich erörtert diese Fragen Mittermaier a. a. O. S. 103 flg. und beantwortet sie, wie der gedachte Artikel. Ueber die zweite Frage s. auch Spangenberg, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 430.

1) Literatur: Ulich, Abhandl. von Appellationen und Läuterungen, auch anderen rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen, 1788. Mehlen, über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse, 1791. Gönner, Handbuch des gem. teutschen Proc. Bd. III. Mittermaier, der gem. teutsche bürg. Proc. Beitr. III, S. 1—117. Linde, Hdbch. über die Lehre von den Rechtsmitteln nach Grunds. des teutschen gem. bürg. Proc. Th. I, 1831. Th. II, 1840 (auch unter dem Titel: Hdbch. d. teutsch. gem. bürg. Proc. Bd. IV, V.) Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilpr. §. 225—250. Vgl. auch den Artikel Appellation.

2) Gönner a. a. O. N. 56, S. 115 flg.

3) Gönner a. a. O. N. 67, §. 2—13. Linde, über die Rechtsmittel §. 1 flg.

geprüft und, wenn sie verletzend sind, aufgehoben und abgeändert und durch andere ersetzt werden, so heißen die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes Rechtsmittel im engeren Sinne. Unter diesen werden als besondere Klasse wieder die der Rechtsmittel im engsten Sinne (remedia contra sententias) hervorgehoben, welche gegen eigentliche Decisivdecrete oder Erkenntnisse gerichtet sind, d. h. Entscheidungen, wodurch ein zwischen den Parteien anhängiger Haupt- oder Nebenstreit endlich oder interlocutorisch entschieden wird; sie wird von denjenigen Rechtsmitteln unterschieden, welche gegen andere richterliche Decrete, seien es proceßleitende oder in den Kreis der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallende, oder zwar in einer unter den Parteien anhängigen Streitsache, jedoch auf einseitigen Antrag erlassene, gerichtet sind. Zu den Rechtsmitteln im engsten Sinne gehören die Appellation gegen Enderkenntnisse und Interlocute, die Revision, die Nichtigkeitsbeschwerde und die Restitution, insofern durch diese Rechtsmittel Decisivdecrete angefochten werden. — Der Gebrauch eines Rechtsmittels steht nur demjenigen zu, welcher sich durch die getroffene Verfügung in seinem Rechte beschwert erachtet und überhaupt im concreten Falle Beschwerde zu führen befugt ist. Ist durch die richterliche Verfügung dem einen Theile, mittelbar oder unmittelbar, ein Recht zuerkannt worden, welches demselben nach der Behauptung des anderen Theiles nicht zukommt, so wird das Rechtsmittel von der durch die Verfügung sich beschwert erachtenden Partei gegen die Gegenpartei durchgeführt; wird aber die Verfügung als nicht gesetzmäßig angefochten, ohne daß dadurch einem der streitenden Theile ein Recht erwächst, so können nicht nur die Parteien, sondern auch andere Personen, welche aus irgend einem Grunde mit der streitigen Rechtsverhandlung in Berührung getreten sind, betroffen werden, z. B. Zeugen, Sachverständige, Anwälte; es können daher nicht nur die Parteien, sondern auch diese anderen Personen in den Fall kommen, von Rechtsmitteln gegen die sie beschwerende Verfügung Gebrauch zu machen; das Rechtsmittel wird lediglich gegen den Richter durchgeführt[4]). Noch sind folgende Eintheilungen der Rechtsmittel zu erwähnen: 1) devolutive und nicht devolutive Rechtsmittel, je nachdem sie neue Verhandlung und Entscheidung durch ein höheres Gericht veranlassen, welche ihre Wirkung Devolutivkraft heißt, oder nicht, also dieser Wirkung ermangeln. Bei den nicht devolutiven Rechtsmitteln macht es nun keinen Unterschied, ob die ganze neue Verhandlung über das Rechtsmittel bei dem bisher fungirenden Richter stattfindet und von diesem auch die neue Verfügung ertheilt wird, oder ob nur die neue Verhandlung bei demselben stattfindet, die neue Verfügung selbst aber von einer anderen Behörde, welche der Richter sich substituirt, namentlich von einer auswärtigen Spruchbehörde, ausgeht. Zu den Rechtsmitteln der ersteren Art gehört gemeinrechtlich die Appel-

4) Gönner a. a. O. N. 56, §. 6 flg. Linde a. a. O. §. 1, S. 3 flg.

lation, zu denen der letzteren Art die Revision und das Rechtsmittel der Restitution. Ob die Nichtigkeitsbeschwerde der einen oder anderen Art beizuzählen sei, ist bestritten[5]). Die Beschwerde wegen heilbarer Nullitäten muß regelmäßig als devolutiv betrachtet werden, da sie intra fatale interponendae, also auf dem Wege der Appellation geltend gemacht werden soll; nur dann, wenn wegen Mangels der Appellationssumme oder nach dem Instanzenverhältnisse, weil das höchste Gericht das Urtheil gesprochen hat, eine Devolution an eine höhere Instanz nicht stattfinden kann, ist die Nichtigkeitsbeschwerde auch bei demselben Richter, welcher das nichtige Urtheil gefällt hat, zulässig. Dasselbe muß aber auch von der besonderen Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Nullitäten gelten, welche nach der zehntägigen Nothfrist erhoben wird, weil die Reichsgesetze immer nur von der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Landesgerichte, als einem devolutiven Rechtsmittel handeln[6]) und die Appellationssumme, welche nur eine Beschränkung für devolutive Rechtsmittel ist, auch für die Nichtigkeitsbeschwerde vorschreiben[7]). Einzelne Partikularrechte lassen die besondere Nichtigkeitsklage sowohl bei demselben Richter, als bei dem höheren Richter zu[8]). In den einzelnen teutschen Territorien giebt es nicht devolutive Rechtsmittel, welche unter verschiedenen Namen vorkommen, so im sächsischen Processe die Läuterung, in anderen Ländern Revision, Supplication, Restitution u. a. 2) Suspensive und nicht suspensive Rechtsmittel, je nachdem durch den Gebrauch eines Rechtsmittels der Fortgang des Verfahrens des Richters, dessen Verfügung angefochten wird, gehemmt wird, welchenfalls man dem Rechtsmittel Suspensivkraft zuschreibt, oder der Richter ungeachtet des eingewendeten Rechtsmittels, ohne eine unerlaubte Handlung zu begehen, im Verfahren fortfahren darf. Von den devolutiven Rechtsmitteln ist die Appellation regelmäßig suspensiv, ebenso die Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten, die wegen unheilbarer nur dann, wenn sie innerhalb des fatale interponendae eingewendet wird. Inwieweit das Rechtsmittel der Restitution Suspensiveffect hat, ist bei diesem zu erörtern. 3) Ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel. Erstere sind diejenigen, welche binnen zehn Tagen nach der Eröffnung oder Insinuation der beschwerenden Verfügung einzuwenden sind; letztere die, welche nicht an diese Frist gebunden sind, obgleich sie an andere, wenngleich längere, Fristen gebunden sein können. Zu den ordentlichen Rechtsmitteln gehören die Appellation, die Revision und die Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten; zu den außerordent-

---

5) Ueber die verschiedenen Meinungen Schmid, Hdbch. §. 243, S. 528.

6) K. G. O. v. 1521 Tit. XXI, §. 1. K. G. O. v. 1555 Th. III, Tit. XXXIV, §. 1.

7) Reichsabsch. v. 1570 §. 69.

8) So der Gerichtsgebrauch in den Ländern des sächsischen Processes. Heimbach, Lehrb. d. sächs. bürg. Proc. Bd. I, §. 162.

lichen die Restitution und die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten.

II. Quellen dieser Lehre. Die Quellen, aus denen die Lehre von den Rechtsmitteln zu schöpfen ist, sind das römische, kanonische und neuere teutsche Recht. Schon das römische Recht hat verschiedene Rechtsmittel, namentlich ist die Appellation und die Restitution dort entstanden[9]), während ein besonderes Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde dort nicht existirt. Das kanonische Recht hat auf diesem Grunde fortgebaut. Im mittelalterlichen teutschen Processe war das den Rechtsmitteln ähnliche Schelten des Urtheiles üblich, welches jedoch in wesentlichen Punkten sich von den Rechtsmitteln im jetzigen Sinne unterscheidet. Die Partei, welche das gefundene ihr ungünstige Urtheil für ungerecht hielt, konnte es sofort verwerfen, schelten, und dadurch dessen Wirksamkeit, namentlich die Möglichkeit der Vollstreckung aufheben. Der Grundgedanke der römischen, kanonischen und heutigen Appellation, daß höhere Beamte untersuchen und entscheiden, ob der niedere die Gesetze richtig angewendet habe, ein Gedanke, welcher sich nothwendig an die Bedeutung des heutigen Gerichtes und seiner Urtheile anschließt, ist dem altteutschen Verfahren gänzlich fremd. In ihm sind die Urtheile gleichsam Rechtssprüche der Genossenschaft, Zeugnisse des in ihr geltenden Rechtes. Eine Verbesserung und Kritik des altteutschen Urtheiles war nur insofern möglich, als das Urtheil als ein der wahren Volksüberzeugung nicht entflossener Rechtssatz nachgewiesen wurde, also der Nachweis geführt wurde, daß die Quelle, welcher man sich zur Erfahrung des Inhaltes des Rechtes bedient habe, unlauter gewesen sei und nicht den wahren Inhalt gegeben habe. Der natürlichste Weg zur Entscheidung über die Gerechtigkeit eines gescholtenen Urtheiles war der, daß man sich an eine reinere, zuverlässigere und lauterere Quelle wendete, um die Rechtskenntniß daraus zu schöpfen. Ein staatliches Subordinationsverhältniß zwischen dem zuerst und zuletzt urtheilenden Gerichte fand im altteutschen Verfahren nicht statt; das zweite Gericht stützte sich einfach darauf, daß es als eine bessere Quelle des Rechtes anzusehen sei. Der Grundgedanke des teutschen Urtheilscheltens war Auffindung eines richtigeren Rechtssatzes[10]). Das Urtheilschelten war nur da begründet, wo die Uebereinstimmung des Urtheiles mit dem bestehenden Rechte angefochten, das Urtheil also als ein unrichtiger Rechtssatz gescholten wurde. Es fand aber nicht statt, wenn das Urtheil zwar den von den Parteien vorgebrachten Thatsachen entsprach, nicht aber dem wahren zwischen ihnen obwaltenden Rechtsverhältnisse, indem vielleicht nicht Alles von den Parteien vorgebracht war, was vor dem Urtheile hätte vorgebracht werden können. Es konnten also, wenn man dies in der neueren Kunstsprache ausdrücken will, nova in keiner Weise zur

9) Vgl. den Artikel Appellation.
10) Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil S. 15 flg.

Anfechtung eines gefundenen Urtheiles benutzt werden[11]). Ein nicht gescholtenes Urtheil war unabänderlich und bildete, wenn es nicht Endurtheil, sondern Beweisurtheil war, fortan die unumstößliche Richtschnur für die fernere Behandlung und Entscheidung des Processes[12]). Das Urtheilschelten ist außer Anwendung gekommen, die Appellation ist mit Reception der fremden Rechte und durch die Reichsgesetzgebung unter den ordentlichen Rechtsmitteln das hauptsächlichste und gewöhnlichste geworden. Die nicht devolutiven Rechtsmittel des heutigen Proceßrechtes sind zwar größtentheils teutschrechtlichen Ursprunges, wenn man gleich die Form der römischen supplicatio zur Rechtfertigung benutzte; auf ihre heutige Gestalt ist aber das Vorbild der Appellation von entscheidendem Einflusse gewesen[13]). Nächst dem römischen und kanonischen Rechte ist die Reichsgesetzgebung für die Lehre von den Rechtsmitteln eine sehr ergiebige Quelle.

III. Von den einzelnen Rechtsmitteln, insbesondre von der Revision. Einzelne Rechtsmittel sind schon in besonderen Artikeln behandelt worden[14]), oder sollen noch in solchen behandelt werden[15]). Auch ist von der sog. Gemeinschaft der Rechtsmittel (communio remediorum) durch Adhäsion, bereits in einem eigenen Artikel gehandelt worden[16]). Es bleibt also von den verschiedenen Rechtsmitteln hier nur die Revision zu erwähnen übrig[17]). Was die Entstehung dieses Rechtsmittels anlangt, so ist dasselbe lediglich in der Reichsgesetzgebung begründet. Es findet sich allerdings schon im römischen Rechte als nicht devolutives Rechtsmittel gegen inappellable Sentenzen, namentlich der Praefecti Praetorio die Supplication[18]) und diese erhielt im neuesten römischen Rechte den Charakter eines ordentlichen Rechtsmittels gegen Erkenntnisse der Praefecti Praetorio, indem Justinian die Einreichung derselben binnen zehn Tagen nach dem Ausspruche des Urtheiles bei dem Präfecten oder in dessen Büreau mit der Wirkung gestattete, daß der Spruch nicht eher vollzogen werden durfte, bis der siegende Theil hinlängliche Bürgschaft für den Fall des Unterliegens geleistet hatte; nach fruchtlosem Ablaufe der zehn Tage hatte die Supplication keine Suspensivkraft[19]). Dieses Rechtsmittel

---

11) Planck a. a. O. S. 32 flg.

12) Planck a. a. O. S. 37.

13) Planck a. a. O. S. 15, N. 1. So ist das dem sächsischen Processe eigenthümliche nicht devolutive Rechtsmittel der Läuterung aus dem altteutschen Urtheilsschelten entstanden; seine Natur ist aber ganz die der Appellation. Planck a. a. O. S. 156.

14) Vgl. die Artikel Appellation und Nichtigkeit.

15) So die Restitution als Rechtsmittel.

16) Vgl. den Artikel Adhäsion.

17) Die Literatur über dieses Rechtsmittel s. bei Schmid, Hdbch. §. 239. N. *. Vgl. besonders Gönner a. a. O. Bd. III, S. 379 flg. Linde, Hdbch. über die Rechtsmittel §. 222 flg. Bd. II, S. 374 flg.

18) L. un. C. (VII. 42.)

19) Nov. 119. cap. 5.

mußte mit dem Verschwinden der Präfekten seine Bedeutung verlieren. Ein ähnliches Rechtsmittel ging in die teutschen Reichsgesetze über. Wenn auch gleich die K. G. O. v. 1555 [20]) das Appelliren und Suppliciren gegen Urtheile des Reichskammergerichtes untersagte, so war doch schon früher unter anderen Namen eine Rechtshilfe gegen die an sich nicht appellablen Urtheile des Kammergerichtes gegeben und diese Einrichtung geradezu mit der römischen Supplication motivirt [21]) und durch die K. G. O. v. 1555 [22]) wieder bestätigt worden. Diese Rechtshilfe war aber kein mit Suspensivkraft versehenes Rechtsmittel vor dem Richter, welcher das Urtheil gefällt hatte, sondern sie war der Supplication nur insoweit ähnlich, als sie gegen ein inappellables Urtheil gegeben war. Mehr hatte die Natur eines solchen Rechtsmittels die Actenrevision, welche gegen Erkenntnisse des Reichshofrathes seit dem westphälischen Frieden auf dem Wege der Supplication bei dem Kaiser erwirkt werden konnte [23]). Mit dem Aufhören des teutschen Reiches und dem Wegfalle der höchsten Reichsgerichte verloren diese Einrichtungen ihre praktische Bedeutung. Das hier gemeinte Rechtsmittel der Revision wurde gegen solche unterrichterliche Erkenntnisse eingeführt, von welchen wegen Mangels der Appellationssumme keine Appellation an die Reichsgerichte stattfand [24]). Zuerst wird es im Reichsdeputationsabschied v. 1600 [25]), welcher eine Appellationssumme von 300 Reichsgulden festsetzte, für die hiernach appellablen Sachen erwähnt. Als 1654 die Appellationssumme auf 600 Gulden erhöht wurde, wiederholte man die frühere Anordnung [26]). Die Revision ist nach den Reichsgesetzen das nicht devolutive Rechtsmittel, welches bei mangelnder Appellationssumme anstatt der Appellation gebraucht wird und mit dem Antrage auf Versendung der Acten verbunden werden kann, durch welchen Antrag die mangelnde Devolutivkraft theilweise ersetzt werden soll. Der Umfang dieses Rechtsmittels bestimmt sich durch den Satz, daß es gegen alle Erkenntnisse zulässig ist, von welchen Appellation statthaft gewesen wäre, wenn es nicht an der Appellationssumme gefehlt hätte. Das Rechtsmittel ist insofern ein ordentliches, als es durch allgemeine Reichsgesetze ohne Beschränkung auf Personen und Sachen eingeführt worden ist. Dann ist es ein Surrogat der Appellation; daher gilt nach einer allgemeinen Regel das, was von der Appellation gilt, im Zweifel auch von der Revision, was für die Lehre

---

20) K. G. O. v. 1555 Th. III, Tit. LI.
21) Reichsabsch. v. 1532 §. 16, 17.
22) A. a. O. „ob aber eine Parthei sich durch die Urtheil Kaiserl. C. G. beschwert zu seyn vermeint, dem soll gegen Cammerrichter und Beisitzer, der Weg der gemeinen Rechte und hernach gesetzten Ordnung, von der Revision und Syndikat, fürzunehmen zugelassen und vorbehalten seyn."
23) Instrum. Pac. Osnabrug. §. 55.
24) Linde a. a. O. §. 222.
25) Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 16.
26) J. Reichsabsch. §. 112, 113.

von der Revision deshalb von großer Bedeutung ist, weil die Gesetze nur wenig darüber enthalten. Verschieden von der Revision, dem Surrogate der Appellation, war die bei den Reichsgerichten vorkommende Revision, welche bei dem Reichshofrathe Supplication hieß. Denn diese vertrat nicht die Stelle einer an die Reichsgerichte wegen mangelnder Appellationssumme nicht zulässigen Appellation, sondern bezweckte umgekehrt, daß Urtheile der Reichsgerichte einer nochmaligen Prüfung unterworfen würden. Daraus, daß die Revision ein Surrogat der Appellation ist, darf man nicht folgern, daß in allen Fällen, wo die Appellation der Instanzenzahl nach zulässig, aus anderen Gründen aber unzulässig ist, die Revision zulässig sei; denn dieses Surrogat sollte dem Zwecke seiner Einführung nach nicht in allen Fällen, wo die Appellation unstatthaft war, sondern allein in denen die Stelle der Appellation vertreten, wo solche wegen mangelnder Appellationssumme unstatthaft war. Sobald daher aus anderen Gründen eine Sache nicht appellabel ist, ist sie aus demselben Grunde gemeinrechtlich auch nicht revisibel. Wenn dagegen infolge der privilegia de non appellando die Appellation mit Rücksicht auf den Werth der Sache an die Reichsgerichte ausgeschlossen war, dann war nothwendig anstatt der durch das Privilegium entfernten Appellation an die Reichsgerichte ein Surrogat zu gewähren, welches sich unter einem verschiedenen Gesichtspunkte auffassen ließ, je nachdem ein Fall vorlag, in welchem schon wegen Mangels der reichsgesetzlichen Appellationssumme von 600 Gulden, oder wegen Mangels der höheren Privilegiensumme, die Appellation an die Reichsgerichte unstatthaft war. Wurde durch die Reichsgesetzgebung eine Rechtshilfe für diejenigen gewährt, welche sich um weniger als 600 Gulden verletzt glaubten, so konnten vernünftiger Weise diejenigen nicht ohne Rechtshilfe gelassen werden, die sich in einem noch höheren Betrage verletzt meinten. Die zur Zeit der Reichsverfassung praktisch höchst wichtige Frage, ob die Revision auch dann stattfinde, wenn die erforderliche Appellationssumme vorhanden war, wurde von Manchen bejaht, von Manchen verneint; nach einer dritten Meinung sollten die Reichsstände zwar nicht befugt sein, die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte auf irgend eine Weise zu beschränken, wohl aber dazu, die Alternative in ihrem Lande einzuführen, also nicht die Appellation zu verbieten, wohl aber ihren Unterthanen frei zu stellen, statt der Appellation Revision zu ergreifen, mithin freiwillig auf die Appellation zu verzichten. Nach der Ansicht der Bearbeiter der Reichsgesetze war aber die Revision ein blos subsidiarisches Rechtsmittel, welches blos da Platz greifen sollte, wo wegen mangelnder Appellationssumme die Appellation an die Reichsgerichte nicht stattfand [27]); und dies entscheidet für die Verneinung jener Frage [28]), welche übrigens mit Auflösung des Reichsverbandes

27) Linde a. a. O. §. 223, S. 385 flg.

28) Es finden sich aber Beispiele, daß einzelne Reichsstände ihren Unter-

ihre Bedeutung verloren hat. Die Gründe der Revision stimmen mit denjenigen, aus welchen appellirt werden kann, überein. Bestritten ist, ob das beneficium novorum auch bei der Revision stattfinde[29]). Nach den hier einschlagenden Worten des betreffenden Reichsgesetzes[30]) ist unbegreiflich, wie überhaupt jene Frage streitig werden konnte, da diese Worte unbedingt für Zulassung von nova entscheiden; und die Nichterwähnung der nova im J. Reichsabsch. §. 113 ist um so weniger dagegen, als dieses Reichsgesetz mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das Frühere die Versendung der „vollkommenen Acten" anbefohlen hat. Aus dem Wortbegriffe des Rechtsmittels kann man das Gegentheil nicht ableiten[31]). Auch geht aus den Reichsgesetzen klar hervor, daß die Parteien nicht verbunden sein sollten, blos ad acta priora zu submittiren, sondern jede einen Schriftsatz hatte, und zwar der Revident außer der Interposition des Rechtsmittels noch dessen Justification. Wenn aber nova vorkommen, so gebührte reichsgesetzlich jedem Theile noch eine weitere Schrift, so daß dann der Schriftenwechsel aus vier Schriften bestand, wovon jeder Theil, mit Ausnahme der Einwendungsschrift, wenn eine solche vorkam, zwei hatte. Eine weitere Folge dieser Bestimmungen ist, daß durch die Bezugnahme auf die Voracten von Seiten des einen Theiles der anderen in der Vornahme der ihm gesetzlich gestatteten Handlungen nicht gehindert ist, weil das Reichsgesetz ausdrücklich von beiden Parteien spricht. Dagegen ist auch nach Verhandlung in zwei, bezüglich vier Sätzen in der Revisionsinstanz endlich zu entscheiden, und über das neue Vorbringen sind nicht mehr als zwei Schriften zulässig[32]). Ebensowenig, wie die Statthaftigkeit neuen Vorbringens, kann die Zulässigkeit einer accessorischen Intervention in der Revisionsinstanz bezweifelt werden[33]). In Bezug auf die Adhäsion, Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels und die damit zusammenhängenden Grundsätze über reformatio in peius, sowie über Suspensivkraft, gelten dieselben Grundsätze bei der Revision wie bei der Appellation. Der Moment der Gemeinschaftlichkeit tritt hier mit der Justification ein, da keine Introduction vorkommt[34]). Eine Angehung des höheren Richters findet bei der Revision wegen des ihr abgehenden Devolutiv-

---

thanen gestatteten, statt der Appellation an die Reichsgerichte sich der Revision zu bedienen. Vgl. Rudolst. Proceßordn. P. III. Tit. IV, §. 1.

29) Viele Aelteren erklären sich dagegen, während die Neueren fast einstimmig dafür sind. Z. B. Gönner a. a. O. Bd. III, Nr. 63, §. 11. Grolman, Theorie des Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigk. §. 216. Bayer, Vortr. über den ordentl. Proc. S. 665, 7. Ausg. Martin, Civilpr. §. 293. Linde a. a. O. §. 224, S. 389. Schmid a. a. O. §. 239. Bd. III, S. 503.

30) Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 16, „es hätten dann die Partheyen etwas Neues fürzubringen, darüber sie gehört werden müßten, indem ihnen noch zween Sätz, oder zwo Schriften, weiter zu gestatten wären."

31) Linde a. a. O. S. 389.

32) Linde a. a. O. S. 389, 390.

33) Linde a. a. O. S. 390—392.

34) Linde a. a. O. S. 392.

effectes nicht statt. Im übrigen sind auch in anderen Beziehungen die von der Appellation geltenden Grundsätze für die Revision maßgebend[35]). Das Verfahren bei der Revision stimmt bis auf einzelne Abweichungen, welche theils im Mangel der Devolutivkraft und in der zum Ersatz derselben gestatteten Actenversendung, theils in besonderen Vorschriften ihren Grund haben, mit dem Appellationsverfahren überein. Es gelten darüber mit den Abweichungen vom Appellationsverfahren folgende Regeln: 1) die Einwendung des Rechtsmittels muß binnen zehntägiger Nothfrist[36]) und bei dem beschwerenden Richter selbst geschehen[37]); nur wenn ein rechtsgiltiger Hinderungsgrund, denselben anzunehmen, für den Revidenten vorliegt, ist nicht blos Einwendung vor Notar und Zeugen, sondern auch auf andere bei der Appellation zulässige Weise verstattet[38]). Dagegen kann die von Manchen[39]) aufgestellte Behauptung, daß die Einwendung bittweise geschehen müsse, ungeachtet der dafür sprechenden Worte der Reichsgesetze[40]), nicht mehr als ein nothwendiges Erforderniß der Einwendung gelten, da die Revision ein ordentliches Rechtsmittel ist, mithin derjenige, welcher von seinem Rechte Gebrauch macht, nicht um Zulassung damit zu bitten hat. Die eingewendete Revision hat der Richter hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und namentlich hinsichtlich der Wahrung der Formalien zu prüfen, und je nachdem das Ergebniß dieser Prüfung ausfällt, das Rechtsmittel zuzulassen oder zu verwerfen[41]); ist jedoch wegen versäumter Formalien Restitution gesucht, so muß bei gesuchter Actenversendung, wenn die Zulässigkeit der Restitution ohne Prüfung der Beschwerden in der

---

35) Gönner a. a. O. Linde a. a. O. S. 383.

36) Der Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 16 sagt: „in gebührender Zeit Rechtens". Hiernach hat man die Behauptung aufgestellt, daß die Revision sowohl binnen zwei Jahren nach Analogie der L. un. C. (VII. 42.), als binnen zehn Tagen eingebracht werden könne, und die Einwendung binnen letzterer Frist nur den Vortheil des Suspensiveffectes gewähre. Allein abgesehen davon, daß die römische Gesetzstelle bei der veränderten Gerichtsverfassung nichts entscheiden kann, hat das Reichskammergericht immer das decendium als die Einwendungsfrist betrachtet. Cramer, Wetzlar. Nebenstunden Th. VIII, Nr. 6, S. 122 flg. Diesem folgen alle neueren Processualisten. S. die Citate bei Schmid a. a. O. S. 505, N. 4.

37) Der Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 16 sagt: „solche ihre Beschwerde und gravamina per viam supplicationis, an ihre ordentliche Obrigkeiten und Herrschaften in gebührender Zeit Rechtens anzubringen." Der J. Reichsabschied §. 113 sagt: „der Partei ordentliche Obrigkeit". In der Praxis ist unter der „ordentlichen Obrigkeit" immer das beschwerende Gericht selbst verstanden worden. Linde a. a. O. S. 386 und andere bei Schmid a. a. O. S. 505, N. 5 angeführte Schriftsteller. Eine Ausschließung der Supplication an den Landesherrn als solche in Proceßsachen darf man aber in jener Bestimmung nicht finden.

38) Linde a. a. O. S. 386, 387.

39) Z. B. Linde a. a. O. S. 386.

40) Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 16: per viam supplicationis.

41) Linde a. a. O. S. 387.

Sache selbst nicht beurtheilt werden kann, die Entscheidung darüber der auswärtigen Spruchbehörde überlassen werden[42]). Dagegen ist eine Verwerfung der Revision wegen Unerheblichkeit der Beschwerden selbst in den Fällen nicht zulässig, in welchen dies bei der Appellation nach der Introduction aus gleichem Grunde statthaft ist[43]). Der Suspensiveffect ist nach den bei der Appellation geltenden Regeln zu beurtheilen. 2) Da bei der Revision als einem nicht devolutiven Rechtsmittel, ebenso die Introduction, als die Bitte um Ertheilung der Apostel, deren Ausstellung, und das Gesuch um Herausgabe der Acten in Wegfall kommen[44]), so folgt auf die Einwendung der Revision deren Justification, welche sich über alles dasjenige verbreitet, was bei devolutiven Rechtsmitteln zweckmäßig getrennt in der Introduction und Justification vorgetragen wird, abgesehen von den auf die Devolution der Sache bei der Appellation vorkommenden Ausführungen, welche hier wegfallen[45]). Eine Frist zur Justification ist gemeinrechtlich in den Gesetzen nicht bestimmt; es hat daher der Richter eine peremtorische Frist dazu zu setzen, binnen welcher solche einzureichen ist[46]). Statt das Rechtsmittel zu rechtfertigen, kann der Revident sich einfach auf die Voracten beziehen; dasselbe Recht steht seinem Gegner zu, wenn derselbe nicht, wie ihm freisteht, zulässige nova vorbringen will. 3) Die zeitig eingereichte Justificationsschrift wird dem Gegner zur Einreichung der Exceptionsschrift (Anfechtungsschrift, Impugnationsschrift) mitgetheilt; Relevanzbescheide und Ordinationen fallen hier weg, weil der Richter nur im Mangel eines Antrages auf Actenversendung über die Materialien des Rechtsmittels selbst entscheiden darf[47]). 4) Nach Eingang der Exceptionsschrift, oder nach dem Schlusse der über zulässiges neues Vorbringen eingeleiteten Verhandlungen, werden die Acten auf einseitigen oder beiderseitigen Antrag an eine Spruchbehörde versendet und das eingeholte Revisionsurtheil wird den Parteien publicirt. Nur in Ermangelung eines auf Actenversendung gestellten Antrages darf der Richter selbst über die Materialien der Revision entscheiden[48]). 5) Die

---

42) Grolman, Theorie §. 216.

43) Dies wird nämlich durch den im J. Reichsabsch. §. 113 den Parteien nachgelassenen Antrag auf Actenversendung ausgeschlossen.

44) Bayer a. a. O. Linde a. a. O. S. 388.

45) Bayer und Linde ebd.

46) Gönner a. a. O. §. 8. Linde a. a. O. S. 388.

47) Linde, Lehrb. d. Civilpr. §. 415.

48) Der Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 16 verlangte noch besondere Motivirung des Antrages auf Actenversendung durch erhebliche Ursachen, welche Beschränkung der J. Reichsabschied §. 113 aufhob und den einfachen Antrag unbedingt statt zu geben anbefahl. Grolman, Theorie §. 216. Bayer a. a. O. Linde, Handbuch a. a. O. S. 392 flg. Streitig war, ob die eigene Urtheilsfällung durch den beschwerenden Richter unbedingt ausgeschlossen sei; es ist aber dieser Zweifel kaum begreiflich, da der J. Reichsabschied ausdrücklichen Antrag auf Actenversendung verlangt, mithin, wenn keine Partei einen solchen Antrag stellt, sie in die eigene Entscheidung des Richters willigen. Die Frage

Zulässigkeit der außerordentlichen Rechtsmittel und der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Revisionserkenntniß ist unbestritten[49]); eine Appellation dagegen kann nicht stattfinden, weil die Revision Surrogat der Appellation ist und an deren Stelle tritt; eine Ausnahme davon läßt sich selbst in dem Falle nicht machen, wenn in revisorio durch Adhäsion oder Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels eine reformatio in peius in dem Maße erfolgt wäre, daß die Summe der Beschwerden des Revidenten jetzt erst die Appellationssumme erreichte[50]). Die Zulässigkeit einer Oberrevision (Superrevision) gegen das Revisionserkenntniß läßt sich nicht dadurch motiviren, daß selbst von den Erkenntnissen der Reichsgerichte noch Revision stattfand, weil dieses Rechtsmittel sich auf die Reichsgerichte beschränkte, als eine bei diesen vorkommende Eigenthümlichkeit eine analoge Anwendung nicht zuläßt, und das auf die gewöhnliche Revision ergangene Urtheil in den Reichsgesetzen ausdrücklich als endliches bezeichnet wird[51]).

IV. Concurrenz und Cumulation der Rechtsmittel[52]). 1) Begriff der Cumulation und Concurrenz und Arten. Durch ein Urtheil kann sowohl ein Theil sich beschwert erachten, als dies von Seiten beider Theile der Fall sein kann, so daß einer oder beide Theile Rechtsmittel ergreifen. Der Grund der angeblichen Verletzung, bezüglich die Veranlassung zur Einwendung eines Rechtsmittels kann in einem oder verschiedenen, connexen oder nicht connexen Punkten des Urtheiles liegen. Es können zur Verfolgung der Beschwerden nicht blos ein, sondern auch mehrere Rechtsmittel gebraucht werden. Im letzteren Falle entsteht dadurch ein Zusammentreffen (Concurrenz) von Rechtsmitteln. Eine solche kann dadurch entstehen, daß eine oder beide Parteien gegen einen oder verschiedene Punkte desselben Urtheils gleichzeitig Rechtsmittel ergreifen. Durch verschiedene Rechtsmittel, welche ebenso verschiedene Verhandlungen und Entscheidungen, oder auch Zuständigkeit verschiedener Gerichte herbeiführen, werden ebenso verschiedene Rechtsstreitigkeiten veranlaßt, welche ihren Ursprung sämmtlich in demselben Urtheile haben. Eine Collision der Rechtsmittel liegt vor, wenn mehrere Rechtsmittel ergriffen sind, die ihres Zweckes oder ihrer Mittel wegen nicht neben einander, entweder überhaupt nicht, oder doch in bestimmter Weise nicht bestehen können, oder bei welchen die verschiedene Gerichtscompetenz die gleichzeitige Verhandlung oder Entscheidung ausschließt, oder wo die Competenz

---

selbst ermangelt der praktischen Bedeutung, da in den einzelnen Ländern feste Grundsätze darüber sich gebildet haben. Linde a. a. O. S. 393.

49) Linde a. a. O. S. 393. Doch ist die Nichtigkeitsbeschwerde wohl nur wegen unheilbarer Nichtigkeiten zulässig, weil die wegen unheilbarer Nichtigkeiten zu den ordentlichen Rechtsmitteln gehört.

50) Linde a. a. O. S. 393.

51) Linde a. a. O. S. 393, 394.

52) Linde, Hdbch. Bd. II, §. 299—303.

allgemeiner Grundsätze wegen auf die Competenz eines Gerichtes zurückgeführt werden muß. Durch die wirkliche Ergreifung concurrirender Rechtsmittel entsteht eine Häufung (Cumulation) der Rechtsmittel. Ist die gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung über mehrere gehäufte Rechtsmittel in der Art möglich, daß die Behandlung des einen von dem anderen in keiner Beziehung nothwendig abhängt, so liegt eine Häufung im eigentlichen Sinne vor, mögen nun die Rechtsmittel gleichzeitig in denselben Acten und vor demselben Richter, oder in verschiedenen Schriften und selbst vor verschiedenen Richtern verhandelt werden. Werden dagegen die gehäuften Rechtsmittel nicht unabhängig von einander gleichzeitig benutzt oder verhandelt, oder doch nicht gleichzeitig unabhängig von einander abgeurtheilt, so ist die Cumulation entweder eine elective oder alternative oder successive. Die Wirkung der electiven Häufung besteht darin, daß von mehreren Rechtsmitteln eines gewählt wird, durch welche Wahl dann die anderen ausgeschlossen werden. Alternative Cumulation der Rechtsmittel findet statt, wenn gleichzeitig über sie verhandelt, auch gleichzeitig darüber entschieden wird, jedoch die Entscheidung über das eine Rechtsmittel nur für den Fall ertheilt wird, wenn das andere nicht das beabsichtigte Resultat haben sollte. Successiv ist die Cumulation der Rechtsmittel dann, wenn zwar dieselben vereint ergriffen, und die in Betreff derselben für ihre Zulässigkeit nothwendigen Förmlichkeiten und Nothfristen beobachtet werden, dagegen eine gleichzeitige eventuelle Verhandlung und Entscheidung durch dasselbe Gericht nicht beabsichtigt, vielmehr die vollständige Benutzung und Durchführung des einen Rechtsmittels erst, nachdem das andere nicht zu dem beabsichtigten Resultate geführt hat, eintreten soll. Eine gleichzeitige Geltendmachung zweier Rechtsmittel über denselben Punkt in der Weise, daß von beiden Rechtsmitteln nothwendig zugleich Gebrauch gemacht würde, welche man die simultane oder eigentliche Cumulation zu nennen pflegt, ist nicht denkbar. Die elective, alternative und successive Cumulation kommt nur in dem Falle vor, wenn eine Partei mehrere Rechtsmittel einwendet; es werden durch jene Arten der Cumulation nur Verhältnisse bezeichnet, worin die von derselben Partei ergriffenen mehreren Rechtsmittel mit einander stehen können; sie beziehen sich nicht auf die dadurch, daß beide Theile selbstständig wechselweise Rechtsmittel ergreifen, entstehenden Fälle der Concurrenz [53]. 2) Ausbildung der Lehre. Die Häufung der Rechtsmittel kommt erst bei den teutschen Gerichten allgemeiner vor. Das römische und kanonische Recht, sowie die Reichsgesetze enthalten darüber fast keine oder nur wenige Bestimmungen. Das im römischen Proceßrechte zustehende einzige regelmäßige Rechtsmittel, die Appellation (die Supplication war unseren jetzigen blos suspensiven Rechtsmitteln nicht vergleichbar, weil sie nur gegen Erkenntnisse

53) Linde a. a. O. §. 299.

letzter Instanz zulässig war, von welchen keine Appellation stattfand) reichte vermöge seines Umfanges und seiner Wirkungen vollkommen hin, um der beschwerten Partei Schutz gegen zugefügte Beschwerden zu gewähren, und machte daher die Concurrenz anderer Rechtsmittel überflüssig. Denn wenn auch durch die Appellation regelmäßig das unterrichterliche Verfahren erst nach gefälltem Definitiverkenntnisse oder einer diesem an Kraft gleichen Verfügung zur Prüfung an den höheren Richter gelangte, so reichte es doch zur Abhilfe für alle Beschwerden des Appellanten und Appellaten hin. Dies wurde erreicht durch die Suspension des unterrichterlichen Urtheiles und die Devolution des Ganzen; ferner durch die unbeschränkte Befugniß des Appellanten zur Aufstellung neuer Beschwerden und zur Veränderung der Beschwerden; dieselben Befugnisse hatte der Appellat durch die Gemeinschaft der Appellation, und derselbe wurde sogar durch das officium iudicis, im Interesse des materiellen Rechtes, vertreten. Mit Aenderung dieses Systems durch das kanonische Recht und die Reichsgesetze, sowie durch Praxis und Wissenschaft wurde das Bedürfniß hinsichtlich der Rechtsmittel und ihres Gebrauches ein anderes. Während für Nichtigkeiten ein eigenes processualisches Rechtsmittel mit Devolutiveffect und mit der Wirkung, daß unter Umständen nicht blos das Verfahren und Urtheil cassirt, sondern auch in der Sache selbst eine neue Entscheidung ertheilt werden konnte, entstand, wurde die Befugniß zur Appellation auf der einen Seite sehr erweitert, deren Wirksamkeit aber auf der anderen Seite wieder durch die Forderung der Angabe bestimmter Beschwerden und die Annahme der Rechtskraft hinsichtlich der nicht ausdrücklich angefochtenen Punkte noch mehr beschränkt; auch durch Einführung der Appellationssumme die Appellation in vielen Fällen ganz oder wenigstens hinsichtlich mancher Beschwerden ausgeschlossen. Durch die Forderung nämlich, daß bei getrennten Punkten hinsichtlich jeder Beschwerde die Appellationssumme vorhanden sein müsse, wurde es häufig veranlaßt, daß man mit der Appellation nur einen Theil seiner Beschwerden anbringen konnte. Durch Einführung der Revision als ordentlichen nicht devolutiven Rechtsmittels für die Fälle, wo der Werth des Beschwerdepunktes die Appellation ausschloß, hatte man nun zwei Rechtsmittel, wo früher das eine genügte; beide konnten auch gegen dasselbe Urtheil vorkommen, je nachdem der Werth einer Beschwerde die Appellation unzulässig machte. Ebenso führte die immer größere Beschränkung der Gemeinschaft der Appellation zum Nachtheile des Appellaten, für diesen die Nothwendigkeit herbei, seine Rechte durch selbstständige Ergreifung von Rechtsmitteln zu wahren. Es konnte hiernach nur durch mehrere von beiden Parteien selbstständig ergriffene Rechtsmittel das erreicht werden, was man früher im römischen Processrechte durch die Appellation einfach und schnell erlangte[54]). 3) Von der

---

54) Linde a. a. O. §. 300.

eigentlichen Concurrenz. Sobald die Voraussetzungen und Bedingungen eines Rechtsmittels vorliegen, darf die sich durch ein Urtheil für verletzt achtende Partei von dem Rechtsmittel Gebrauch machen; auch ist dieselbe im allgemeinen hinsichtlich der Zahl der sich als zuständig darstellenden Rechtsmittel unbeschränkt, so daß eine Häufung sowohl wegen derselben, als wegen verschiedener Beschwerden zulässig ist. a) Finden sich durch das Urtheil beide Theile verletzt und haben daher Veranlassung zur Einwendung von Rechtsmitteln, so kam es nach römischem Rechte darauf an, ob selbstständige Ergreifung eines Rechtsmittels nothwendig oder zulässig war, was wieder theils von der Art des Rechtsmittels, theils von der Natur der Beschwerde, theils von dem Benehmen des Gegners abhing. Bei der Appellation führte die Gemeinschaft dieses Rechtsmittels dazu, daß die selbstständige Ergreifung der Appellation ausgeschlossen war, um Beschwerden abzuhelfen, welche, wenn einmal der Gegner appellirt hatte, eben so gut bei der Verhandlung über das Rechtsmittel des Gegners, entweder infolge ausdrücklicher Anträge der Partei, oder von Richteramtswegen berücksichtigt werden konnte[55]. Nur dann war, wenn der eine Theil appellirt hatte, dem anderen selbstständig zu appelliren gestattet, wenn nur dadurch die Verletzung abzuwenden war. Die in Teutschland stets stattgehabte Verkennung der Gemeinschaft der Appellation in dem Umfange, wie sie im römischen Rechte begründet war, und die Aufstellung des gegen den Geist dieser Einrichtung verstoßenden Grundsatzes, daß der Appellant die Beschwerden stets specialisiren müsse, daß alle Punkte des Urtheiles, gegen welche nicht eine besondere Beschwerde gestellt worden sei, in Rechtskraft übergingen, und daß die gedachte Gemeinschaft sich blos auf von der Rechtskraft entbundene Punkte beschränke, führte consequenter Weise dazu, daß man in demselben Maße die selbstständige Ergreifung der Rechtsmittel von Seiten beider Theile für zulässig und nothwendig ansah, in welchem mau die Gemeinschaft der Appellation beschränkte. In Gemäßheit der Regel, daß die nicht besonders angefochtenen, auch nicht mit angefochtenen Punkten eines Erkenntnisses zusammenhängenden Theile die Rechtskraft beschreiten und nicht Gegenstand der Appellationsgemeinschaft und der Nebenadhäsion seien, wird im gemeinen teutschen Processe die fernere Regel aufgestellt, daß es der selbstständigen Ergreifung eines Rechtsmittels dann bedürfe, wenn jede der Parteien andere, nicht mit den Beschwerden des Gegentheils zusammenhängende Punkte anfechten wolle. Werden nun aa) von beiden Theilen wegen verschiedener nicht zusammenhängender Punkte eines Urtheiles Rechtsmittel ergriffen, so sind diese Rechtsmittel durch den Gegenstand getrennt, und es entstehen aus dem einen Urtheile so viele Streitigkeiten, als wegen einzelner Punkte besondere Rechtsmittel eingewendet worden sind; es

---

55) L. 10. C. (VII. 64.) von Justinian. Siehe dazu Linde a. a. O. §. 301.

gehen mithin die verschiedenen Rechtsmittel neben einander ungestört ihren Gang fort; die Formalien und Nothfristen eines jeden müssen beobachtet werden, und selbst die Prävention ist in Bezug auf die Gerichtsbarkeit in einem solchen Falle nur insofern wirksam, als wenn ein Theil einmal das Rechtsmittel bei einem zuständigen Richter eingewendet, der Richter die Fortdauer seiner wirklich vorhandenen Competenz begründet und der Gegner ein Recht darauf erlangt hat, daß das Rechtsmittel vor diesem Gerichte durchgeführt werde, es zur Austragung der Sache vor einem anderen Richter der Einwilligung beider Theile bedarf. bb) Wenn dagegen beide Theile wegen verschiedener aber doch unzertrennlicher Punkte eines Erkenntnisses Rechtsmittel einwenden, dann kommt es rücksichtlich der Gerichtscompetenz darauf an, ob beide Theile dieselben oder verschiedene Rechtsmittel gebraucht haben. *α*) Haben beide Theile identische Rechtsmittel bei verschiedenen concurrirenden Gerichten angebracht, so darf die Verhandlung und Entscheidung über diese Rechtsmittel nur von Einem Gerichte ausgehen. Für den Grundsatz, daß Prävention dieses Gericht bestimme, spricht keine gesetzliche Vorschrift, sondern nur die Praxis und die Zweckmäßigkeit, indem die durch verschiedene Gerichte ertheilten Erkenntnisse in einem solchen Falle einander widersprechen könnten und doch in gleicher Kraft neben einander bestehen würden, was nothwendig vermieden werden muß und durch Prävention vermieden werden kann. Unstatthaft ist es, statt die Entscheidung durch die Prävention zu bestimmen, nach dem Grundsatze: maior quaestio minorem causam ad se trahit, durch die appellatio principalis die mere accessoria an sich ziehen zu lassen, weil weder im allgemeinen noch im Einzelfalle sich bestimmen läßt, welche Appellation die hauptsächliche, welche die accessorische sei, wenigstens die darüber entstehenden Zweifel nicht zu beseitigen sein werden. Es scheint zwar in einer Stelle des kanonischen Rechtes [56]) die Regel sanctionirt zu sein, daß, wenn beide Parteien an verschiedene Richter appelliren, von denen einer über dem anderen steht, die Jurisdiction dieses höchsten Richters die des unter ihm stehenden gleichfalls angerufenen Richters in der Appellationssache absorbire, indem dort verordnet ist, daß im Falle der von der einen Partei an den Pabst, von der anderen an einen niedrigeren Appellationsrichter eingewendeten Appellation, der Pabst ausschließlich zuständig sei. Allein die fragliche Stelle bezog sich blos auf das Verhältniß der concurrirenden Gerichtsbarkeit des Pabstes mit der der Bischöfe und eine spätere Decretale [57]) verbietet ausdrücklich die Appellation an den Erzbischof mit Uebergehung des Bischofs, also die an den höheren Richter mit Uebergehung des nächsten Appellationsrichters, was auch das Tridentinische Concil bestätigte [58]). *β*) Haben beide Theile über dieselben,

---

56) Cap. 7. X. (II. 28.) von Alexander III.
57) Cap. 66. X. (II. 28.) von Honorius III.
58) Conc. Trident. Sess. XXI. c. 20. Vgl. Linde a. a. O. S. 801, 802 über diese verschiedenen kanonischen Stellen.

oder verschiedene, jedoch unzertrennliche Punkte eines Erkenntnisses verschiedene Rechtsmittel eingewendet, so muß, wenn coordinirte Gerichte auf diese Weise in Collision gerathen, Prävention entscheiden; kann dadurch die Collision nicht gehoben werden, so muß das Loos oder das Obergericht die Collision durch Ansichziehen der Sache oder Ernennung einer Commission heben[59]). Hat der eine Theil ein devolutives, der andere ein nicht devolutives Rechtsmittel ergriffen, so sind die Meinungen verschieden[60]). Für die Behauptung, daß das devolutive das nicht devolutive unbedingt an sich ziehe, können aus dem römischen und kanonischen Rechte keine Gründe entlehnt werden; für das heutige Proceßrecht fehlt es an nöthigenden Gründen für eine solche anziehende Kraft; wohl

59) Linde a. a. O. S. 806 und Lehrb. d. Civilproc. §. 106.

60) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 655. med. 61—63 hält solchenfalls zunächst die Erledigung des nicht devolutiven Rechtsmittels durch den Unterrichter und dann die Verhandlung über das devolutive am natürlichsten, vindicirt aber doch die Entscheidung über beide Rechtsmittel wegen Connexität derselben, und weil eine Trennung connexer Sachen nicht zulässig sei und die Appellation als causa maior das nicht devolutive Rechtsmittel als causa minor an sich ziehe, dem Oberrichter. Pufendorf, Obs. iur. univ. P. II. obs. 110. unterscheidet, ob auf die Appellation von dem höheren Richter bereits Processe erkannt seien, oder nicht, und hält im ersten Falle den Unterrichter zur Entscheidung über das nicht devolutive Rechtsmittel noch für zuständig; im zweiten Falle nimmt er Devolution der ganzen Sache an den Oberrichter an, welchem sämmtliche Acten, auch die über das nicht devolutive Rechtsmittel ergangenen einzusenden seien, damit er auch über die durch letzteres vorgebrachten Beschwerden entscheide. Er setzt aber voraus, daß die dem devolutiven Rechtsmittel zum Grunde liegenden Beschwerden connex sind und der Oberrichter reformatorisch erkannt hat; in Ermangelung dieser Voraussetzungen soll der Unterrichter über das nicht devolutive Rechtsmittel selbst zu entscheiden befugt sein, die Entscheidung aber bis zum Ausspruche des Oberrichters suspendiren. Claproth, ordentl. Proc. §. 389 giebt im unterstellten Falle dem devolutiven Rechtsmittel den Vorzug und will das nicht devolutive bis zur Erledigung der Appellation suspendirt wissen, es sei denn, daß es ganz verschiedene von einander unabhängige Beschwerden wären. Nach Martin, Civilpr. §. 276 und im Magazin f. bürgerl. Proc. I, S. 245 ist der über das devolutive Rechtsmittel erkennende Richter über das nicht devolutive zu entscheiden dann befugt, wenn über jenes eine weitere Verhandlung der Sache oder Abänderung des vorigen Erkenntnisses in einem connexen Streitpunkte beliebt wird. Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 57, §. 19 stimmt dem Lehrsatze, daß das devolutive Rechtsmittel das nicht devolutive an sich ziehe, nur für den Fall bei, wenn beide Rechtsmittel in Zweck und Mitteln Identität haben. Nach Grolman, Theorie des Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 209 a müssen, wenn mit der vollständigen Behandlung des devolutiven Rechtsmittels eine gleichzeitige vollständige Behandlung des nicht devolutiven unvereinbar ist, die mehreren Rechtsmittel alle als selbstständig betrachtet und behandelt werden; die Einforderung der Acten von Seiten des höheren Gerichtes soll aber das Verfahren über das suspensive Rechtsmittel einstweilen suspendiren, auch der höhere Richter zur Entscheidung über das suspensive Rechtsmittel befugt sein, wenn die Beschwerden connex seien, weil dann die Befugniß aus der Devolution der ganzen Sache fließe, oder wenn die nicht erfolgte Remission der Acten nach einem abändernden Erkenntnisse des Oberrichters eine Verhandlung vor dem Unterrichter unmöglich mache. Vgl. Linde a. a. O. S. 802—805.

aber ist aus allgemeinen Gründen bei Einwendung von Rechtsmitteln von Seiten beider Theile an verschiedene Richter, wegen solcher Punkte, deren jeder ohne den anderen entschieden werden kann, jeder Richter, insoweit er angerufen ist, für zuständig zu achten. Ist aber eine Entscheidung über verschiedene Beschwerden wegen continentia causarum von Einem Richter selbst dann nothwendig, wenn beide Theile an verschiedene Richter verschiedenartige Rechtsmittel ergriffen haben, so muß im Falle der Concurrenz eines devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmittels der höhere Richter sowohl über den bei ihm vorgebrachten Punkt des Urtheiles, als auch über die connexen entscheiden und dadurch die Zuständigkeit des unteren Richters aufheben [61]). Für die processualische Behandlung der nicht devolutiven Rechtsmittel in einem solchen Falle wird als zweckmäßig empfohlen, daß zur Vermeidung der Kosten und zur Beförderung der Sache das bei dem Unterrichter eingewendete nicht devolutive Rechtsmittel auch bei demselben, wie es sonst geschehen muß, justificirt und vor Ablauf der ursprünglichen oder verlängerten Justificationsfrist eingereicht werde, um solche mit den Acten an den Oberrichter einsenden zu können. Hat dann der Oberrichter auf die eingereichte Rechtfertigungsschrift wegen des devolutiven Rechtsmittels Processe erkannt, oder ein Rescript zur Einsendung der Acten erlassen, so werden die vollständigen Acten mit der bei dem Unterrichter eingereichten Rechtfertigungsschrift des nicht devolutiven Rechtsmittels an den Oberrichter eingesendet, damit dieser über sämmtliche connexe Beschwerden entscheiden könne. Würde dagegen derjenige, welcher ein nicht devolutives Rechtsmittel ergriffen hat, in dem Falle, wo vom Gegner ein devolutives eingewendet worden ist, angewiesen, seine Justificationsschrift bei dem Oberrichter einzureichen, so würde er, wenn dem das devolutive Rechtsmittel einwendenden Gegner die Processe abgeschlagen werden und deshalb das nicht devolutive Rechtsmittel an den Unterrichter verwiesen wird, nicht nur vergebliche Kosten aufgewendet, sondern auch die Sache verzögert haben [62]). b) Wenn dieselbe Partei wegen desselben Punktes sich verschiedener Rechtsmittel bedienen will, so unterscheidet man, ob die Häufung geschehen soll zur Auswahl (elective) oder subsidiarisch (subordinate) oder cumulativ (simultanee). aa) Die elective Concurrenz der Rechtsmittel zeigt sich blos bei der Auswahl, indem, wenn man über das allein zulässige oder im vorliegenden Falle zweckmäßigste Rechtsmittel im Zweifel ist, gemeinrechtlich die Einwendung aller zulässigen Rechtsmittel im allgemeinen, mit Vorbehalt der Wahl (interpositio quorumvis remediorum electiva) gestattet ist. Dann wird entweder bei der Rechtfertigung ein gesetzlich zulässiges beliebiges Rechtsmittel gewählt, oder vom Richter zu der Wahl sofort eine Frist bestimmt. Auf die processualische Behandlung hat die elective Concurrenz

---

61) Linde a. a. O. S. 805—807.
62) Linde a. a. O. S. 807.

keinen Einfluß, da die vom Richter zur Wahl zu bestimmende Frist die Einführungs- und Rechtfertigungsfrist nicht ändern darf, vielmehr der Lauf dieser Fristen als Nothfristen vom Tage der Einwendung an beginnt[63]). Das Verfahren geht nach der geschehenen Wahl in das des einzelnen gewählten Rechtsmittels über, und beendigt sich mit demselben. bb) Dieselbe Partei darf wegen verschiedener Beschwerden zugleich verschiedene, devolutive und nicht devolutive Rechtsmittel, ferner wegen derselben Beschwerde sowie wegen verschiedener Beschwerden alternativ und successiv verschiedene devolutive und nicht devolutive Rechtsmittel gebrauchen; niemals aber darf sie wegen derselben Beschwerde verschiedene Rechtsmittel gleichzeitig gebrauchen[64]). In dem Falle, wenn dieselbe Partei verschiedene Rechtsmittel wegen verschiedener Punkte gebraucht, finden dieselben Regeln Anwendung, wie wenn verschiedene Parteien wegen verschiedener Punkte verschiedene Rechtsmittel eingewendet haben. Es kann aber dieselbe Partei zum gleichzeitigen Gebrauche eines devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmittels wegen verschiedener Beschwerden selbst genöthigt sein, wenn in Bezug auf einzelne Beschwerdepunkte die Appellationssumme vorhanden ist, in Bezug auf andere aber fehlt[65]). cc) Die Absicht einer Partei, welche mehrere Rechtsmittel alternativ oder subsidiarisch häuft, geht auf Abstellung der Rechtsverletzung durch eines der Rechtsmittel, und zwar so, daß das eine erst dann eingewendet werden soll, wenn das andere nicht zum Ziele führt. Einer solchen Häufung steht die Gleichartigkeit oder Verschiedenartigkeit der Rechtsmittel an sich nicht entgegen; weil ohnehin jedes der so gehäuften Rechtsmittel als selbstständig betrachtet und auch so behandelt werden muß. Die subsidiarische Häufung darf aber nicht dazu benutzt werden, zur Verzögerung der Sache dieselben Vertheidigungsmittel unter anderen Namen wiederholt vorzubringen, oder Rechtsmittel successiv zu gebrauchen, welche sich nothwendig einander entweder unbedingt, oder in bestimmter Folge ausschließen. Deshalb stellt sich eine successive Häufung aller devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmittel als unstatthaft dar, und nur solche Rechtsmittel dürfen successiv gehäuft werden, deren successiver Gebrauch nicht durch innere, in der Natur der Rechtsmittel liegende, Gründe ausgeschlossen wird. Diese Gründe entscheiden gegen successive Häufung der Appellation und Revision, weil das subsidiarische Rechtsmittel der Revision seinem Begriffe nach die Appellation als unzulässig darstellt, das nicht subsidiarische aber seinem Begriffe nach mit der Appellation nur electiv concurrirt. Dieselben Gründe entscheiden

---

63) Gönner a. a. O. Bd. III, N. 57, §. 29. Grolman, Theorie §. 209 a. Martin, Lehrbuch §. 278. Linde a. a. O. S. 808.

64) Linde a. a. O. S. 808, 809. A. M. ist hinsichtlich der gleichzeitigen Cumulation verschiedener Rechtsmittel wegen verschiedener und derselben Beschwerde Martin a. a. O. §. 276, N. x.

65) Linde a. a. O. S. 809.

häufig gegen successive Häufung der Appellation und Restitution, aber nicht immer. Von Manchen[66]) wird gänzliche Unzulässigkeit der subsidiarischen Häufung dieser beiden Rechtsmittel behauptet und sich deshalb auf den Appellationseid berufen, den man nur zu lesen brauche, um sich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß auch die nova, durch welche die Restitution bei dem vorigen Richter bewirkt werden sollte, mit der Appellation schon zum Erkenntniß des Oberrichters devolvirt seien. Umgekehrt wird von Anderen stets Zulässigkeit der subsidiarischen Häufung der Restitution mit anderen Rechtsmitteln behauptet und darauf gestützt, daß durch die übrigen Rechtsmittel die formelle Nichtigkeit der richterlichen Reflexion angefochten, mit der Restitution aber die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheiles bestritten werde[67]). Letzterer Grund ist unrichtig, weil regelmäßig mit der Appellation, wie mit der Revision, die materielle Nichtigkeit des Urtheiles angefochten wird, und ausnahmsweise die formelle; letzteres dann, wenn jene Rechtsmittel wegen Nichtigkeiten gebraucht werden. Dagegen ist der für die erste Ansicht angeführte Grund insofern richtig, als die subsidiarische Häufung voraussetzt, daß die Restitution gleichzeitig mit der Appellation vorgebracht ist, mithin die zur Begründung der Restitution dienenden nova auch zur Appellation benutzt werden können, folglich die Restitution zwecklos ist. Es ist aber wegen der Möglichkeit, daß die Appellation wegen Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten und Fatalien unstatthaft wäre, eine eventuelle Verbindung der Restitution mit der Appellation in der Art nützlich, daß man in solchen Fällen oft zweckmäßig die Restitution gegen den Ablauf der Fatalien, die Appellation und eventuell die Restitution contra rem iudicatam häuft, und um Restitution gegen die Versäumniß und um Zulassung der Appellation, für den Fall aber, daß jenes oder dieses abgeschlagen würde, um Restitution gegen das rechtskräftige Erkenntniß bittet. Bei der Verbindung der Restitution mit der Appellation ist aber die Anerkennung der Devolutivkraft der Restitution nothwendige Voraussetzung; denn außerdem würde eine gleichzeitige Häufung nicht möglich, sondern nur eine abgesonderte, wenngleich neben einander stattfindende oder successive, Benutzung beider Rechtsmittel statthaft sein[68]). Die Nichtigkeitsbeschwerde kann ihrer Natur nach mit allen anderen Rechtsmitteln subsidiarisch verbunden werden, nicht blos so, daß der Gebrauch der Nichtigkeitsbeschwerde nothwendig vorausgehen müßte, und jedes andere damit verbundene Rechtsmittel allein subsidiarisch in Betracht käme. Für die Nothwendigkeit der vorerst vorzunehmenden Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde läßt sich nicht anführen, daß ein nichtiges Verfahren und Urtheil, sobald die Nichtigkeit aus den Acten erkennbar sei, vom Richter Amtswegen cassirt werden müsse und jedes

66) Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 67, §. 29.
67) Moritz, über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 34.
68) Linde a. a. O. S. 811.

andere Rechtsmittel ohne Erfolg und Zweck sein würde. Denn nicht bei allen Nichtigkeiten tritt jenes officium iudicis ein; vielmehr führen Nichtigkeiten, welche kein unwiederbringliches Unrecht zufügen, welche reparirt werden können, auf welche verzichtet werden kann, nicht zur Cassation von Amtswegen; das durch sie zugefügte Unrecht, der ihnen zum Grunde liegende Mangel des Verfahrens, kann unter Umständen auch durch andere Rechtsmittel, als die Nichtigkeitsbeschwerde, gehoben werden. Nur bei unheilbaren Nichtigkeiten kann eine subsidiarische Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit anderen Rechtsmitteln dazu führen, daß zuvörderst über die Nichtigkeit entschieden werden muß, weil diese Nichtigkeiten die Cassation des Verfahrens und Urtheiles zur nothwendigen Folge haben, und jedes andere die formelle Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und Urtheiles voraussetzende Rechtsmittel des Gegenstandes hier ermangelt[69]). Da die Nichtigkeitsbeschwerde sich schon im kanonischen Rechte, die Revision erst in den Reichsgesetzen findet, so kam eine Cumulation der ersteren mit der Appellation und Restitution schon früh, mit der Revision erst später vor. Wurde die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation verbunden, so unterschied man zwischen principaler und incidenter Deduction der ersteren[70]), welcher Eintheilung indeß kein festes Princip zum Grunde lag. Die Reichsgesetzgebung ging auf die Unterscheidungen der älteren Praktiker nicht ein[71]), sie unterschied blos zwischen den Fällen, wo die Nullität allein, und wenn sie alternativ und mit der Klage auf Iniquität zugleich eingebracht wurde[72]), und sprach im ersten Falle von „die Nullität principaliter fürnehmen", im zweiten, wenn sie mit der Appellation verbunden wurde, von „die Nullität incidenter fürnehmen", ohne zwischen den Arten der Nichtigkeiten dabei zu unterscheiden. Es wurde aber nicht der Willkür der Parteien überlassen, ob sie auf die eine oder andere Weise die Nullität deduciren wollten, sondern es wurde bestimmt, daß, wer appelliren und Nichtigkeit zugleich deduciren wolle, dieses alternativ und zugleich thun müsse, und die alleinige oder principale Deduction der Nichtigkeit nur bei nicht eingewendeter Appellation stattfinden dürfe. Auch die praktischen Folgen dieses Unterschiedes wurden durch die Verordnung festgestellt, daß bei Verhandlung der Nichtigkeit mit der Appellation zugleich, also incidenter, wenn sich ergebe, daß durch die Nichtigkeit der Partei in der Hauptsache ein unwiederbringliches Unrecht zugefügt werde, die vorigen Processe anderer Unförmlichkeiten halber als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache, was Recht sei, erkannt werden solle. Auch wurde Ausführung der Nullität mit der Iniquität in solchem Falle in demselben

69) Linde a. a. O. S. 811, 812.

70) Vgl. über diesen in der Praxis angenommenen Unterschied und dessen Folgen Linde a. a. O. S. 812, 813.

71) K. G. O. v. 1521 Tit. XXI, §. 1.

72) K. G. O. v. 1523 Tit. V, §. 6, 7, v. 1555 Th. III, Tit. XXXIV, §. 1.

Termine, sowie allenthalben dasselbe Verfahren, wie in Appellationssachen, angeordnet, außer wenn sich aus den Acten der ersten Instanz eine öffentliche Nullität ergäbe, welche in höherer Instanz nicht ratificirt werden möchte; in diesem Falle solle der Richter auch vor der Kriegsbefestigung und ex officio darüber endlich zu erkennen Macht haben. Für die Fälle, worin auf die Nichtigkeit allein oder principaliter geklagt wird, ist das Verfahren, wie in den Sachen simplicis querelae, vorgeschrieben[73]. Mit dem gemeinrechtlichen Rechtsmittel der Revision, welches die Stelle der wegen mangelnder Appellationssumme unstatthafter Appellation vertritt, kann, da die Zulässigkeit der principalen Nichtigkeitsbeschwerde gemeinrechtlich von dem Dasein der Appellationssumme abhängt[74], wegen derselben Beschwerde die principaliter zu deducirende Nichtigkeitsbeschwerde nicht verbunden werden, wohl aber kann eine solche Cumulation bei der incidenten Nichtigkeitsbeschwerde stattfinden[75]. Eine subsidiarische Häufung der Restitution und Nichtigkeitsbeschwerde ist für zulässig zu achten; doch rechtfertigt es die Natur dieser Rechtsmittel, daß die Nichtigkeitsbeschwerde vorangestellt und eventuell die Restitution damit verbunden werde, nicht umgekehrt. 4) Von der eigentlichen Cumulation der Rechtsmittel. Die eigentliche Cumulation der Rechtsmittel könnte nur in dem gleichzeitigen Gebrauche mehrerer Rechtsmittel über denselben Punkt von Seiten derselben Partei bestehen. Ihre Statthaftigkeit wird in dem Falle behauptet, wenn die verschiedenen Rechtsmittel sich weder im Zwecke, noch in den Mitteln widersprechen[76]. Allein diejenigen, welche sich dafür erklären, haben in der That nur die alternative Cumulation

---

73) Pütter, de querelae nullitatis et appell. coniunctione §. 54—67 nimmt dagegen an, daß vermöge der Reichsgesetze nur heilbare Nichtigkeiten incidenter mit der Appellation verbunden werden, unheilbare dagegen principaliter deducirt werden müßten, und behauptet, daß auch nach den Reichsgesetzen die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation subordinate sive eventualiter auf doppelte Weise verbunden werden könne, nämlich so, daß man appellire und für den Fall, daß die Appellation nicht stattfinde, sich über Nichtigkeit beschwere, oder so, daß man sich über das Urtheil als nichtig beschwere und eventuell, wenn es nicht nichtig sein sollte, Appellation einwende. Allein wenn es auch für die Partei wünschenswerth sein kann, für den Fall, daß die Appellation versäumt oder als unstatthaft verworfen wird, noch Nichtigkeitsbeschwerde zu haben, so ist doch nach den Reichsgesetzen die gleichzeitige Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation nicht von der Willkür der Parteien abhängig, sondern gesetzlich geboten, so daß, wenn einmal appellirt werden soll, weder eine gleichzeitige Trennung der Nichtigkeitsbeschwerde, noch ein besonderes Anbringen derselben nach Beendigung des Appellationsverfahrens zulässig ist, vielmehr bei der miteinander einzubringenden Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation zuerst über erstere zu entscheiden ist. Linde a. a. O. S. 815, 816.

74) Reichsabsch. v. 1570 §. 69. Deputationsabsch. v. 1600 §. 14.

75) Linde a. a. O. S. 816—818. Vgl. über die Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit anderen Rechtsmitteln auch den Artikel Nichtigkeit, den man zu vervollständigen für nöthig erachtet hat.

76) Gönner, Hdbch. Bd. III, N. 57, §. 29, S. 183.

im Auge[77]). Eine gleichzeitige Cumulation ist aber juristisch unmöglich. Ein Urtheil kann nicht zugleich für nichtig erklärt, und reformirt oder confirmirt werden, weshalb gleichzeitiger Gebrauch der Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation oder Revision unstatthaft ist; ebensowenig kann ein Urtheil, gegen welches man Restitution erlangt, bestätigt oder abgeändert oder als nichtig aufgehoben werden, weshalb Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil und Nichtigkeitsbeschwerde, oder Appellation oder Revision auch nicht gleichzeitig gebraucht werden können[78]).

V. Außerordentliche Arten der Beendigung der Instanz der Rechtsmittel. 1) Ueberhaupt. Eine Erledigung oder Beendigung der Instanz der Rechtsmittel kann nicht blos durch Erkenntniß des über das Rechtsmittel entscheidenden Richters, sondern auch durch dieselben Gründe, wie die Beendigung eines Rechtsstreites überhaupt, stattfinden. Außerordentliche Arten der Beendigung der Instanz der Rechtsmittel sind: a) wenn derjenige, welcher das Rechtsmittel gebrauchte, stirbt und keine Erben hinterläßt[79]); b) Beseitigung der dem Rechtsmittel zum Grunde liegenden Beschwerde durch den Gegner oder durch den beschwerenden Richter, insoweit letzterer dabei im Falle der Einwendung eines Rechtsmittels an einen höheren Richter dazu befugt ist; c) Desertion des Rechtsmittels von Seiten dessen, welcher es ergriffen hat[80]); d) Begehung eines sog. Attentats von Seiten desselben, wodurch die Suspensivwirkung des Rechtsmittels verletzt wird[81]); e) Verzicht auf das Rechtsmittel durch denjenigen, welcher es ergriffen hat. 2) Insbesondre Verzicht auf Rechtsmittel[82]). Inwieweit nach römischem Rechte Verzicht auf Appellation zulässig gewesen sei, ist zweifelhaft. Vor Justinian war durch Valentinian II. die Zurücknahme der bereits eingewendeten Appellation bei Strafe untersagt[83]). Durch Arcadius wurde dies modificirt[84]) und dessen Constitution interpolirt in den Justinianeischen Codex aufgenommen[85]). Es wird hieraus eine unbedingte Gestattung der Zurücknahme der Appellation durch Justinian abgeleitet, jedoch mit Unrecht, weil sich solche mit der ausgedehnten Gemeinschaft der Appellation, wie sie in anderen Constitutionen Justinian's anerkannt ist[86]), nicht verträgt[87]). Im kanonischen Rechte ist die Giltig-

77) Wie Pütter l. c. §. 59—64.
78) Linde a. a. O. §. 303, S. 818—821.
79) L. un. D. (49. 13.)
80) Cap. 6. de appell. in VI. (II. 15.)
81) Cap. 42. X. (II. 28.)
82) Böhmer, de appell. interpos. renunc. (Electa iuris T. I. Exerc. 13.) Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 57, §. 32—37. Linde, Hdbch. über die Rechtsmittel Bd. I, §. 118 flg.
83) L. 48. C. Th. de appell. (XI. 30.)
84) L. 56. C. Th. eod.
85) L. 19. C. (VII. 62.)
86) L. 39. C. (VII. 62.)
87) Linde a. a. O. §. 119.

keit eines Verzichtes auf die Appellation sowohl vor dem Urtheile, als nach eingewendeter Appellation anerkannt [88]); der Verzicht kann ein einseitiger ausdrücklicher [89]) oder stillschweigender sein [90]), oder auch auf Uebereinstimmung beider Theile beruhen [91]). In der teutschen Wissenschaft und Praxis galt der allgemeine Grundsatz, daß ein unbedingter Verzicht auf die Appellation zulässig sei, und diesen Grundsatz glaubte man im römischen und kanonischen Rechte in dieser Allgemeinheit anerkannt zu finden. Auch die Reichsgesetzgebung scheint diesen Grundsatz als giltig anzuerkennen [92]). Nach der jetzt allgemein angenommenen Theorie kann ein Verzicht ausdrücklich oder stillschweigend vor dem Dasein der Beschwerde, oder nachher vor oder nach der Einwendung eines Rechtsmittels, allgemein auf alle Rechtsmittel, oder speciell auf besondere geschehen. Der ausdrückliche Verzicht auf Rechtsmittel, der vorher geschieht, ehe noch ein Proceß über einen bestimmten Gegenstand existirt, jedenfalls vor Publication eines beschwerenden Erkenntnisses, ist wohl mitunter für unzulässig geachtet worden, selbst wenn er eidlich bestärkt wäre [93]); die Gesetze sprechen sich aber für die unbedingte Giltigkeit eines solchen Verzichtes aus [94]). Nach erfolgtem Erkenntnisse kann ein ausdrücklicher Verzicht sowohl vor, als nach Einwendung eines Rechtsmittels geschehen [95]). Wenn jedoch bei Appellation und Revision infolge entstandener Gemeinschaft des Rechtsmittels dem Gegner Rechte erwachsen sind, so können ihm solche ohne seine Zustimmung durch einseitigen Verzicht dessen, welcher jene Rechtsmittel bis zu dem Zeitpunkte fortgeführt hat, mit welchem die Gemeinschaft des Rechtsmittels eintrat, nicht entzogen werden [96]). Ein stillschweigender Verzicht läßt sich nur erst nach Verkündigung des Urtheiles denken, weil dann erst eine Beschwerde vorhanden ist [97]). Er setzt Handlungen voraus, aus denen der Wille, das Rechtsmittel fallen zu lassen, als nothwendige Folge unzweideutig hervorgeht. Welche Handlungen zur Begründung eines solchen Schlusses sich eignen, hat der Richter im Einzelfalle zu beurtheilen. Es bedarf nur der Erörterung folgender Fälle: a) Es ist behauptet worden, daß jeder Antrag bei dem vorigen Richter, wodurch dieser zu Handlungen, welche mit der Devolutiv-

---

88) Cap. 71. X. (II. 28.)

89) Cap. 70. §. 2. X. (II. 28.) Cap. 4. in VI. (II. 15.) Cap. 10. X. (I. 6.)

90) Cap. 20. X. (I. 29.) Cap. 25. X. (II. 20.) Cap. 24. X. (II. 28.) Cap. 6. in VI. (II. 15.)

91) Cap. 35. X. (II. 28.) Linde a. a. O. §. 120.

92) Vgl. K. G. O. v. 1555 Th. II, Tit. XXVIII, §. 2. Linde a. a. O. §. 121.

93) Mehlen, von der Appellation §. 30.

94) L. 1. §. 3. D. (49. 2.) C. 71. X. (II. 28.)

95) Gönner a. a. O. S. 186 flg. Linde a. a. O. S. 421.

96) Linde a. a. O. S. 422. Mit Zustimmung des Gegners in die Zurücknahme des Rechtsmittels erledigt sich dasselbe auch nach eingetretener Gemeinschaft. Linde a. a. O. S. 423.

97) Gönner a. a. O. §. 34, S. 191. Linde a. a. O. S. 423.

wirkung in Widerspruch stehen, veranlaßt werden soll, immer, und daher auch dann, wenn das angefochtene Erkenntniß nicht befolgt wird, einen stillschweigenden Verzicht enthalte [98]). Insbesondre hat man in Bezug auf die Frage, ob das Gesuch an den vorigen Richter, die Beschwerde abzustellen (imploratio pro removendo gravamine) einen stillschweigenden Verzicht enthalte, unterschieden, ob die Appellation gegen ein bloßes einfaches Interlocut, oder gegen ein definitives oder demselben gleiches Erkenntniß eingewendet worden sei; im ersten Falle soll, da der vorige Richter auch nach Einwendung des Rechtsmittels die Beschwerde selbst noch abzustellen befugt sei und seine Gerichtsbarkeit erst durch die vom Oberrichter erkannte Inhibition gehemmt werde, der Appellant vor erkannter Inhibition vom Unterrichter noch dasjenige begehren können, was dieser vermöge seiner Gerichtsbarkeit auch nach Einwendung des Rechtsmittels noch thun dürfe, ohne daß aus dieser Handlung des Appellanten ein Verzicht zu folgern sei; ist dagegen in diesem Falle schon Inhibition vom Oberrichter erkannt, oder liegt der zweite Fall der Einwendung der Appellation gegen ein definitives oder diesem an Kraft gleiches Urtheil vor, so soll in der an den vorigen Richter gerichteten Bitte um Abstellung der Beschwerden kein Verzicht auf das Rechtsmittel liegen [99]). Jene Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit nicht zu rechtfertigen [100]). Wenn man sich zunächst darauf berufen hat, der Rücktritt zum vorigen Richter könne nur als Verzicht auf das eingewendete Rechtsmittel angesehen werden, weil nicht zu vermuthen sei, daß die Partei auf einem unzulässigen Wege ihren Zweck erreichen wolle, vor dem Verzichte auf die Appellation aber der vorige Richter nicht auf die gestellten Anträge verfügen dürfe, so ist die Voraussetzung, von welcher hierbei ausgegangen wird, daß die Partei, welche die Anträge bei dem vorigen Richter stellt, mit der Unzulässigkeit der Verfügungen des Unterrichters darauf vor dem Aufgeben des Rechtsmittels bekannt sei, im allgemeinen unmöglich, da ihr Grund von der rechtswissenschaftlichen Bildung der Partei abhängt; die gewöhnlich bei der Partei hervortretende Rechtsunkunde würde eher zu einer Abweisung des Antrages führen, als die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes rechtfertigen. Dann bestätigen die Gesetze, worauf man sich berufen hat, um in dem Rücktritte zum vorigen Richter unter den angegebenen Voraussetzungen einen stillschweigenden Verzicht zu finden, diese Annahme nicht [101]),

98) Böhmer l. c. Gönner a. a. O. §. 37, S. 197—199.

99) Böhmer l. c. §. 11. Gönner a. a. O. S. 198 flg. S. dagegen Linde a. a. O. §. 127, S. 434—437.

100) Linde a. a. O. §. 125, 126.

101) Cap. 54. X. (II. 28.) enthält gar nicht den hier unterstellten Fall der Stellung von Anträgen des Appellanten an den Unterrichter, gegen dessen Erkenntniß er appellirt hat, sondern vielmehr den Fall, wo der Appellant Anträge an den höheren Richter gestellt hat. Ebenso enthalten cap. 20. X. (I. 29.) und cap. 25. X. (II. 20.) in der That nur Anwendungen des allgemeinen Grundsatzes, daß in der Befolgung eines durch Appellation angefochtenen Urtheils von Seiten

sondern lassen solche nur in folgender Beschränkung zu: aa) Bestreitet eine Partei die Zuständigkeit des Richters und wendet deshalb ein Rechtsmittel ein, führt aber dennoch den Proceß vor diesem Richter fort, so wird Verzicht auf das Rechtsmittel angenommen; bb) ein solcher Verzicht ist auch dann anzunehmen, wenn eine Partei, ungeachtet sie gegen ein Decret Rechtsmittel eingewendet hat, dennoch freiwillig diejenigen Handlungen unternimmt, welche den Gegenstand der Beschwerde ausmachen[102]). b) Ob eine Protestation in dem Falle, wenn eine Partei Anträge bei dem Unterrichter stelle, aus denen ein Verzicht auf die eingewendete Appellation zu folgern sein dürfte, die Annahme eines stillschweigenden Verzichtes ausschließe, ist bestritten. Von Einigen[103]) wird es verneint, theils, weil eine Protestation da ohne Wirkung sei, wo an eine gewisse Handlung oder Unterlassung durch das Gesetz gewisse rechtliche Folgen als nothwendig geknüpft seien, theils wegen einer ausdrücklichen Vorschrift des kanonischen Rechtes[104]). Von Anderen ist dies ebenso für alle Fälle bejaht worden[105]). Im allgemeinen ist letztere Meinung die richtige. Denn aa) ist der aus schlüssigen Handlungen gefolgerte Verzicht nach den Gesetzen nicht etwa eine Strafe, sondern nur Inhalt einer stillschweigenden Willenserklärung, welche daher einer ausdrücklichen, durch eine Protestation ausgesprochenen, Willenserklärung nachstehen muß; bb) die Stelle des kanonischen Rechtes, auf welche sich von den Gegnern berufen wird, spricht von dem Falle, wenn Jemand, welcher bei dem Pabste gegen den Erzbischof Appellation eingewendet hat, unter Einlegung einer solchen Verwahrung, mit Anträgen, welche mit der Devolutivkraft in Widerspruch stehen, bei dem Erzbischof auftritt; in diesem Falle soll derselbe abgewiesen werden, aber nicht mit seiner Protestation, sondern mit seinem bei dem Erzbischof gestellten Antrage. Es wird aber immer auf den Inhalt seines Antrages, welchen derjenige, welcher ein Rechtsmittel einwendet, bei dem vorigen Richter stellt, ankommen; denn wenn dessen Inhalt der Art ist, daß er eine Anerkennung des angefochtenen Decretes oder Urtheiles nothwendig in sich schließt und gar keine andere Auslegung zuläßt, als daß der remedisirende Theil sich dem beschwerenden Decrete unterwirft, so würde eine dem Antrage beigefügte Protestation als mit demselben in Widerspruch stehend und daher wirkungslos nicht zu beachten sein. Es hängt dies von der Beurtheilung des Einzelfalles ab. Die Entscheidung über das

---

des Appellanten ein Verzicht auf das Rechtsmittel liege. Linde a. a. O. S. 425—427.

102) Daß der Rücktritt zum vorigen Richter nicht in dem gewöhnlich angenommenen Umfange für Verzicht auf Appellation zu halten sei, zeigt Linde a. a. O. S. 428—430.

103) Böhmer l. c. §. 10. Gönner a. a. O. S. 196 flg.

104) Cap. 54. X. (II. 28.)

105) Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. II, Nr. XII, S. 332—342. Die nachstehenden Gründe sind daraus entlehnt.

Dasein, den Umfang und die Wirkung des Verzichtes steht immer demjenigen Richter zu, welcher über die Zulässigkeit des Rechtsmittels überhaupt, hinsichtlich dessen ein Verzicht behauptet wird, zu erkennen hat[106]).

Heimbach sen.

Recurs. Zu den Rechtsmitteln im allgemeineren Sinne des Wortes (s. diesen Art.) gehören auch die sog. Recurse. Dieselben sind unter diesem besonderen Namen dem römischen und kanonischen Rechte fremd und erscheinen erst in der Reichsgesetzgebung als Mittel, um die Reichsstände gegen die Folgen einzelner Uebergriffe der beiden höchsten Reichsgerichte in gewissen weiter unten näher zu erwähnenden Fällen sicher zu stellen. Zwar ist der Ausdruck recursus auch dem römischen Proceßrechte nicht unbekannt[1]), derselbe hat aber da nicht die Bedeutung, daß darunter ein besonderes so benanntes Rechtsmittel zu verstehen wäre, sondern die angeführte Stelle besagt nur so viel, daß, wenn der Appellationsrichter in einer Sache einmal erkannt habe, über denselben Gegenstand der iudex a quo nicht selbst wieder erkennen dürfe, und deshalb auch an diesen ein Recurs mit Rechtsbestand nicht gebraucht werden könne. Das kanonische Recht, welches, wenn es auch die sog. Extrajudicial-Appellationen nicht zuerst eingeführt[2]), solche doch bedeutend erweitert hat, nennt dieselben mitunter[3]) auch provocationes ad causam, ohne sich aber des Ausdruckes recursus u. s. w. als eines technischen dabei zu bedienen. Erst in der Reichsgesetzgebung erlangte dieses Wort eine bestimmtere, oben bereits angedeutete, Begriffsbestimmung. Es gab nämlich gegen Erkenntnisse der höchsten Reichsgerichte ein zweifaches, „Recurs" benanntes Schutzmittel, 1) an die Kammergerichtsvisitation, 2) an den Reichstag. Ueber den Recurs an die Kammergerichtsvisitation mag Folgendes bemerkt sein. Ehe noch die Rechtsmittel der Revision mit der Syndikatsklage gehörig angeordnet worden waren, wurden die bei Kaiser und Reich gegen das Kammergericht angebrachten Beschwerden an die Visitation verwiesen. Der Reichsabschied von 1530 §. 94 besagte hierüber Folgendes: „wo auch einiger Kurfürst, Fürst oder Stand einigen Mangel oder Beschwerde hätte, so ihm ungebührlich vom Kammergericht[4]) begegnet wäre, soll und mag ein jeglicher sein Beschwerde den verordneten Commissarien auf den ersten Martii zuschicken, und zu erkennen geben, die sollen sammt anderen Visitatoren derhalben Befelch haben, gebührlich Einsehens und Reformation zu thun".

---

106) L. 40. §. 1. D. (II. 14.) Linde a. a. O. §. 131, S. 452 flg.

1) L. 6. pr. C. de appell. (VII. 62.)

2) Linde, Hdbch. d. teutsch. gem. bürg. Proc. Bd. V, S. 553. Schmid, Hdbch. d. gem. teutsch. Civilproc. Theil III, S. 494.

3) Cap. 5. X. de appell. (II. 28.)

4) Der Reichshofrath bestand damals noch nicht, sondern wurde erst 1559 errichtet.

Darauf gründete sich der Recurs an die Visitation. Durch die Anordnung der Revision und der Syndikatsklage in der Wahlcapitulation Artikel XVII, §. 1 flg. Theil III, Titel LIII, §. 10 und Kammergerichtsordnung von 1555 wurden aber alle Beschwerden, welche sich zu diesen Rechtsmitteln qualificirten, von dem Recurs an die Visitation ausgeschlossen. Dieser hatte also nur dann noch statt, wenn jene Rechtsmittel, besonders die Revision, nicht anwendbar waren[5]). Dies war 1) der Fall, wenn gebotene Processe abgeschlagen worden waren; 2) wenn das Kammergericht die Rechtspflege verzögerte; 3) wenn es ungebührlich Execution verfügte und 4) wenn es Ständen des Reiches überhaupt ungebührlich begegnete. — Der Recurs an die Visitation konnte bei dem Kaiser, bei dessen Commissarien, bei der Visitation unmittelbar oder auch einige Zeit vor dem Eintritt der Visitation bei dem Erzkanzler des Reiches (Kurmainz) angebracht werden. War die Sache zum Recurs qualificirt, so konnte die Visitationscommission, wenn das Kammergericht zuvor mit seinem Berichte gehört worden war, die den Umständen angemessenen Verfügungen erlassen: Promotorialien, Inhibition, Anweisung, die gebotenen Processe zu erkennen u. s. w.[6]) — Ein durch das Herkommen eingeführtes, aber durch die Reichsgesetze (Instr. Pacis Osnabr. art. V. §. 54. Wahlcapit. Art. XVII, §. 3) ausdrücklich anerkanntes außerordentliches Hilfsmittel, nicht eigentlich Rechtsmittel, gegen reichsgerichtliche Erkenntnisse und Verfügungen war dagegen der Recurs an den Reichstag. Dieser Recurs wurde gewöhnlich darauf gegründet, daß das in einem einzelnen Falle von den Reichsgerichten eingeschlagene Verfahren auf solchen Grundsätzen beruhe, aus welchen eine gemeinsame reichsständische Beschwerde entstehe. Nach Malblank[7]) war dieser Recurs statthaft 1) wenn eine Religions- oder weltliche Sache unmittelbare Stände des Reiches mit Einschluß der unmittelbaren Reichsritterschaft betraf, worin entweder die beiden Parteien oder doch der Intervenient von verschiedener Religion waren und in solchen Fällen die Reichshofräthe, sie mochten nun von jeder Religion in gleicher oder ungleicher Zahl an der Beschlußfassung Theil genommen haben, sich nach den Religionstheilen getrennt hatten und in partes getrennt waren. 2) Wenn eine Sache einen unmittelbaren Reichsstand und eine Mediat-Person von verschiedenen Religionen zusammentraf und die Reichshofräthe auf die angeführte Art in partes gegangen waren. 3) Wenn über die Interpretation der Reichsgesetze Zweifel entstanden waren, die einer authentischen Interpretation bedurften. 4) Bei Beschwerden über Verweigerung oder Verzögerung der Justiz. 5) In Fällen, wo gegen

---

5) Reichsabsch. v. 1570 §. 79. — Conc. Th. I, Tit. XXII, §. 14.

6) v. Berg, Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis S. 446 flg.

7) Joh. Friedr. Malblank, Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung Th. III, S. 238 flg., 277 flg.

einen Reichsstand auf die Reichsacht oder Oberacht zu erkennen war, weil kein Stand des Reiches ohne Vorwissen, Rath und Bewilligung der Kurfürsten, Fürsten und Stände in die Reichsacht oder Oberacht erklärt werden konnte und die Reichsgerichte in solchen Fällen nur bis zum Schluß zu handeln befugt, alsdann aber die geschlossenen Acten an den Reichstag zu bringen verpflichtet wäre. So häufig nun aber auch die Beispiele solcher Recurse an den Reichstag waren — sie sind zusammengestellt von v. Borrie, Regensburg 1788 und von v. Ompteda, Regensburg 1788 — so war doch über das desfallsige Verfahren eine gesetzliche Vorschrift nicht vorhanden, eine solche zwar in der Wahlcapitulation Art. XVII, §. 3 zugesichert, sie ist aber niemals zu Stande gekommen. Das Verfahren bei diesen Recursen beruhte daher auf einer sog. Comitialpraxis. Fatalien und Formalien waren dabei nicht eingeführt, auch fand keine Suspensivwirkung dabei statt. Das Gericht, gegen dessen Erkenntniß der Recurs ergriffen worden war, wurde übrigens auch hier mit seinem Berichte zuvor gehört, ehe der Reichstag in der Sache einen entscheidenden Entschluß faßte. Estor[8]) beschreibt und rechtfertigt dieses Schutz- und resp. Rechtsmittel in folgender Weise: Es sei dasjenige remedium, dessen sich diejenigen Fürsten u. s. w. des Reiches bedienten, welche verlangten, daß eine mit der Verfassung des Reiches in Widerspruch stehende Verfügung auf die den Reichsgesetzen entsprechende Weise verbessert und resp. beseitigt werde. Zu diesem Verlangen wären die Stände des Reiches ebenso berechtigt als verpflichtet. Denn sie würden ihre Pflicht offenbar vernachlässigen, wenn sie nicht Bedacht darauf nähmen, vorhandene Gebrechen zu verbessern, insbesondre den Kaiser und die Reichsversammlung auf Mängel bei den Reichsgerichten aufmerksam zu machen. Ein solches Gebrechen sei namentlich vorhanden, wenn die zur Handhabung des Rechtes bestellten Richter des Reiches von ihrer Pflicht abwichen, gegen die Gesetze des Reiches sich eine die Rechte der Fürsten u. s. w. vermindernde oder vernichtende willkürliche Auslegung der Reichsgesetze erlaubten. Ein solcher Zustand der Dinge gefährde den Rechtszustand überhaupt, nicht blos denjenigen Rechtsstand u. s. w., welchen eine solche Entscheidung zunächst betreffe, und erfordere die schleunigste Abhilfe. Auf Seite desjenigen, welcher sich vermöge des den Ständen des Reiches zustehenden Rechtes eines solchen Recurses bediene, bestehe der Gebrauch desselben in der Erklärung des Vorhandenseins eines Gebrechens oder einer mit der Reichsverfassung unvereinbarlichen Handlung, welche bei der Handhabung der Rechtspflege von Seiten des einen oder anderen Reichsgerichtes vorgekommen sei. Ein solcher Recurs wäre nicht aus dem Gesichtspunkte der Beschwerde einer Privatperson aufzufassen, sondern habe offenbar den Zweck, damit den anderen Ständen des Reiches Kenntniß davon gegeben werde, daß

8) In seinem libellus de iudicio principum etc. Jenae 1741.

das eine oder andere Reichsgericht von seiner Pflicht abgewichen sei und daß ein solches Verfahren zum größten Nachtheile des Reiches benutzt werden könne, wenn nicht dem Verletzten hierin Abhilfe verschafft werde. Rücksichtlich der Reichsversammlung sei ein solcher Recurs jedenfalls eine causa publica, welche die Angelegenheiten des Reiches angehe und die Ausübung ihres vorzüglichsten Rechtes der Gesetzgebung und der Auslegung der Gesetze zur Folge habe, eines Rechtes, was unstreitig der Reichsversammlung zustehe. Deshalb könne im engeren Sinne ein solcher Recurs auch bezeichnet werden als eine durch irgend einen Reichsstand bei der Reichsversammlung mit Grund veranlaßte nähere Untersuchung darüber: ob eine mit der Reichsverfassung in Widerspruch stehende Verfügung dem einen oder anderen Reichsgerichte zur Last falle, zu dem Ende, damit durch Kaiser und Reich die geeignete Abhilfe erfolge. So oft die Reichsversammlung sich mit der Prüfung eines solchen Recurses beschäftige, sei sie nicht als richterliche Behörde thätig, sondern immer nur als allgemeine Reichsversammlung, in welcher der Kaiser und die Stände zusammen die wichtigeren Reichsgeschäfte verwalteten, Nachfrage darnach, was von dem Herkommen und den Gesetzen abweiche, anstellten und möglichste Sorge dafür trügen, daß die Reichsgesetze nicht geschwächt würden und die Reichsgerichte die ihrem Wirkungskreise gesetzten Schranken nicht überschritten, damit eine gleichmäßige Rechtspflege stets gehandhabt werde und Gerechtigkeit beständig in Ansehen bleibe. Natürliche Folge davon sei die, daß dem Imploranten, welchen man in der Gerichtssprache den Recurrenten zu nennen pflege, ebenso wie den übrigen Reichsständen der Erfolg eines solchen Recurses zu Statten komme. Diese eigenthümliche Natur desselben überzeuge Jeden, daß ein solcher Recurs kein Rechtsmittel (im engeren Sinne), weder ein ordentliches noch ein außerordentliches, sei und daher auch nicht nach processualischen Grundsätzen beurtheilt werden dürfe. — Mit der Auflösung des teutschen Reiches und mit der Aufhebung der beiden Reichsgerichte hat zwar das vorbeschriebene Institut der Recurse an die Reichsversammlung seine nächste praktische Bedeutung von selbst verloren, allein neben dem unleugbaren geschichtlichen Interesse für das neuere Bundesstaatsrecht auch noch wissenschaftlichen Werth behalten, weil, wie aus Klüber[9]) erhellt, bei der Aufhebung der Reichsgerichte dergleichen Recurse noch unerledigt geblieben sind und deshalb bald auf Veranlassung einer desfallsigen Beschwerde des u. s. w. v. Berlepsch bei der Bundesversammlung die Frage entstanden ist, wer nunmehr über einen solchen von der allgemeinen Reichsversammlung unentschieden gelassenen Recurs zu entscheiden habe? Diese Beschwerde betraf Besoldungsrückstände, welche der Reclamant v. Berlepsch als ehemaliger Hofrichter, auch Land- und Schatzrath der Fürstenthümer

9) Oeffentliches Recht des teutschen Bundes u. s. w. 3. Aufl. §. 217, N. g.

Kalenberg und Göttingen an die königl. Regierung und die Kalenberg-Göttingensche Ritter- und Landschaft zu Hannover gemacht und worüber er ihm günstige Erkenntnisse des ehemaligen Reichskammergerichtes erlangt hatte, gegen deren Vollstreckung aber von Seiten der hannoverschen Regierung Recurs an den Reichstag eingelegt worden war, weil das Reichkammergericht das dem Beklagten zugestandene privilegium electionis fori dabei außer Acht gelassen hatte. In dem über diese Reclamation von der Bundesversammlung am 28. Mai 1818 gefaßten Beschluß[10]), durch welchen der Reclamant zur Betretung des ihm von der königl. hannöverschen obersten Behörde eröffneten Rechtsweges verwiesen wurde, ist die Competenz der Bundesversammlung zur Entscheidung über solche noch unerledigte Recurse unentschieden gelassen worden, weil, wie aus den Gründen erhellt, von Seiten der betroffenen Staatsregierung eine Verweigerung der Rechtspflege die allein mögliche Form sei, unter welcher ein solcher Fall an die Bundesversammlung, als zu ihrer Competenz gehörig, gebracht werden könne. — Eine nähere Kenntniß von der Sachbewandtniß hinsichtlich der ehemaligen Recurse an den Reichstag dürfte aber auch weiter zum genaueren Verständniß der mancherlei Recurse gereichen, welche die Bundesacte, die Wiener Schlußacte und einzelne Landesverfassungen eingeführt haben. Dergleichen Recurse an die Bundesversammlung sind nämlich gestattet:

1) In dem Falle, wenn in einem Bundesstaate ordnungsmäßige Rechtspflege in einer Justizsache verweigert, verzögert oder gehemmt wird und Hilfe dawider auf gesetzlichem Wege auch unmittelbar bei der höchsten Behörde des betreffenden einzelnen Bundesgliedes fruchtlos gesucht worden ist, dem dabei Betheiligten, mittelst einer gehörig begründeten Beschwerde über verweigerte, verzögerte oder gehemmte Justiz[11]). In der zu diesem Behufe bei der Bundesversammlung einzureichenden Beschwerdeschrift ist dann nach Art. XXIX der Wiener Schlußacte gründlich auszuführen: daß die Thatsache der „verweigerten oder gehemmten Rechtspflege erwiesen" sei; daß dieselbe nach Rechtsgrundsätzen, insbesondre „nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des Landes" sich nicht rechtfertigen lasse; daß dawider in dem betreffenden Bundesstaate „auf gesetzlichem Wege ausreichende Hilfe" nicht habe erlangt werden können. Der Bundesversammlung liegt dann ob, diese Beschwerde anzunehmen, dieselbe nicht nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern auch nach der Verfassung und den Gesetzen des Landes zu prüfen, und wenn sie begründet und erwiesen gefunden worden ist, bei derjenigen Staatsregierung, von welcher Anlaß zu der Beschwerde gegeben worden ist, gerichtliche Hilfe zu bewirken. Wider rein administrative Verfügungen, namentlich polizeiliche, landesverfassungs-

10) Protocolle der teutschen Bundesversammlung Bd. VI, 1. Heft, §. 135.
11) Klüber a. a. O. §. 169.

mäßig bestehender Behörden, wenn und soweit nicht gerichtliche Klage dawider zulässig ist, findet aber Recurs an die Bundesversammlung nicht statt. Selbst in einer Rechtssache ist Verweigerung, Verzögerung oder Hemmung der Rechtspflege dann nicht denkbar, wenn sie zu gerichtlicher Verhandlung darum noch nicht zugelassen werden kann, weil der Beschwerdeführer die gesetzlich nothwendigen Vorbedingungen noch nicht erfüllt habe. Als Justizverweigerung sind aber ohne Zweifel anzusehen und berechtigen zu dem erwähnten Recurs an die Bundesversammlung, a) wenn ein Landesgericht in einer bei ihm angebrachten Klagsache durch einen Spruch rechtswidrig sich für incompetent erklärt hat und Hilfe dawider in dem landesverfassungsmäßigen Instanzenzuge, zuletzt bei der Staatsregierung selbst, vergebens gesucht worden ist. b) Wenn der ordnungsmäßige Gang der Justizpflege durch ungebührlich erlassene Cabinetsbefehle verzögert oder gehemmt, namentlich gesetzmäßige Wirksamkeit richterlicher Erkenntnisse aufgehalten oder unterdrückt wird, mittelst Verhinderung ihrer Vollziehung oder ausdrücklicher Cassirung derselben. c) Auch indirecte Justizverweigerung kann eine solche Beschwerde bei der Bundesversammlung begründen, z. B. durch Mißbrauch der gesetzgebenden Gewalt, wenn durch Gesetze oder ihnen in der Wirkung gleich zu achtende Verfügungen, mit rückwirkender Kraft, die gerichtliche Verfolgung eines früher schon erworbenen Rechtes gehemmt, geschwächt oder vernichtet, oder wohl gar das schon in gerichtlicher Erörterung begriffene Recht verändert wird; ferner, wenn ex capite gratiae Moratorien, sei es auch zum Vortheile des Fiscus, ertheilt worden; desgleichen, wenn auf dem sog. Administrativjustizwege ein Justizmißbrauch begangen wird. — Justizverweigerung im weiteren Sinne heißt jede Begehungs- oder Unterlassungshandlung, durch welche in Justizsachen rechtswidrig von einer Gerichts- oder Staatsbehörde, den Souverän mit eingeschlossen, die ordnungsmäßige Rechtspflege vom Anbeginn versagt oder in ihrem Lauf verzögert oder in Hinsicht der Vollziehung des rechtskräftigen Richterspruches gehemmt oder wirkungslos gemacht wird. Im engeren Sinne beschränkt sich der Begriff der Justizverweigerung auf die Versagung rechtlichen Gehöres, sei es vor dem Beginn oder in dem Laufe des gerichtlichen Verfahrens. Die Wiener Schlußacte Art. XXIX nimmt das Wort Justizverweigerung im weiteren Sinn. Wer die Gegenpartei des Recurrenten sei, ist gleichgiltig, wäre es auch der Staatsfiscus, der landesherrliche Lehensfiscus, die Staatsdomänenverwaltung oder irgend eine Staatsbehörde oder der Regent wegen einer persönlichen Privatverpflichtung [12]).

---

12) Klüber a. a. O. §. 169, wo die einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmungen, ferner die hierher gehörige Literatur und selbst einzelne vorgekommene Fälle dieses Recurses angegeben sind.

2) Auf verfassungsmäßige Weise können bei Verletzungen des Rechtszustandes jeder Art nicht nur Bundesglieder gegen einander Beschwerde bei der Bundesversammlung führen, sondern auch Landstände und Unterthanen mittelst Beschwerdeführung gegen Bedrückung, Verletzung der Verfassung oder Mißbrauch der Staatsgewalt, wegen verweigerter oder gehemmter Rechtspflege und in Fällen, wenn Forderungen von Privatpersonen deshalb nicht befriedigt werden, weil die Verpflichtung, denselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist, die dabei Betheiligten Recurs an die Bundesversammlung nehmen, welche in solchem Falle zu Verwendung, Vermittelung und anderen bundesmäßigen Einschreitungen befugt und verpflichtet ist [13]).

3) Insbesondre ist den Standesherren der Recurs an die Bundesversammlung vorbehalten, bei Streitigkeiten, welche über die Anwendung der in Gemäßheit des XIV. Art. der Bundesacte erlassenen Verordnungen oder abgeschlossenen Verträge entstehen, falls im einzelnen Falle, nachdem diese Streitigkeiten an die competenten Behörden desjenigen Bundesstaates, in welchem die Besitzungen der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren gelegen sind, zur Entscheidung gebracht werden, die gesetzliche und verfassungsmäßige Rechtshilfe verweigert worden, oder eine zu ihrem Nachtheil gereichende einseitige legislative Erklärung erfolgt ist. Nach einem späteren Bundesbeschlusse vom 15. September 1842 haben die in sonstigen Rechtssachen dieser ehemals reichsunmittelbaren zuständigen Landesgerichte zweiter Instanz einen solchen Streitfall in seinem ganzen Umfange für eine definitive Entscheidung zu instruiren. Beschwerden über Verletzung standesherrlicher Rechte sind zuvörderst bei den Landesbehörden und dem Landesherrn, dann im Falle einer hier erfolgten Abweisung im Rechtswege bei den Landesgerichten anzubringen. Nach hier erfolgter ordnungsmäßiger Verhandlung und rechtskräftiger Entscheidung findet Recurs an die Bundesversammlung nicht statt [14]).

4) Es findet Recurs an die Bundesversammlung statt, zum Schutze des Rechtszustandes des ehemaligen reichsunmittelbaren Adels, welcher auf der linken Rheinseite noch begütert ist, in Fällen, wenn einzelne Bundesstaaten bei Ausführung des Art. XIV der Bundesacte und des Art. LXIII der Wiener Schlußacte das Maß derjenigen Beschränkungen überschreiten, welche die durch die französische Zwischenherrschaft in dem Rechtszustande dieser Privilegirten herbeigeführten besonderen Verhältnisse nöthig machen [15]).

5) Wider Mißbräuche und Bedrückungen der Staatsbeamten dient der Recurs an die ihnen vorgesetzten höheren Staatsbehörden, auch

---

13) Klüber a. a. O. §. 217 u. 218, 225, 284.
14) Klüber a. a. O. §. 309, 311 flg.
15) Klüber a. a. O. §. 324.

an den Regenten. Das Nähere hierüber enthalten die Verfassungsurkunden und sonstigen Gesetze der einzelnen Staaten[16]).

6) Gegen Mißbräuche inländischer oder auswärtiger Kirchengewalt findet Recurs an den Landesherrn statt[17]).

Der Ausdruck „Recurs" wird mitunter auch gebraucht bei den in einzelnen Fällen an die gesetzgebende Gewalt oder an eine von ihr delegirte Behörde zu richtenden Gesuchen, gesetzmäßige Prüfung und Erledigung gegründeter Beschwerden zu veranlassen[18]), nicht minder in Criminalsachen, um Strafverwandlung, Begnadigung, Niederschlagung der Untersuchung, Restitution oder eine sonstige dem Landesregenten als Träger der Justizhoheit vorbehaltene Begünstigung zu erlangen[19]).

Die Wahlcapitulation Art. XIV, §. 4 verbot in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den Recurs an päbstliche Nuntien oder an die curia romana und bedrohte die Parteien, die sich dergleichen anmaßen würden, und deren Anwälte mit Strafen, deren Beiziehung dem kaiserl. Fiscal beim Reichskammergerichte und dem Reichshofrathe zur strengen Pflicht gemacht war.

Gönner[20]) rügt es bei Erörterung der landesherrlichen Gewalt in Justizsachen, daß die Werke über den gemeinen Proceß eine wesentliche Lücke hätten, wenn sie vom Recurs an den Landesherrn als einem außerordentlichen Mittel, Rechtsverletzungen von sich abzuwenden, ganz schwiegen. So gut der Recurs an den Reichstag — bemerkt er a. a. O. — zu einem vollständigen System über den reichsgerichtlichen Proceß gehöre, ebensogut fordere die Vollständigkeit, vom Recurse an den teutschen Landesherrn in dem gemeinen Processe zu handeln. Wenn auch das Staatsrecht die Vorfrage entscheiden müßte, wie weit die Rechte des Landesherrn in Justizsachen gingen, so erhalte man doch dadurch ein Resultat, welches auch zum Ganzen des gerichtlichen Verfahrens gehöre, eine Abtheilung aller Mittel gegen Rechtsverletzungen in ordentliche und außerordentliche begründe und ohne eine bedeutende Lücke zu lassen, im System des gerichtlichen Verfahrens nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden dürfe. Ein solcher Recurs bezeichne eine außerordentliche Hilfe der Staatsgewalt in Justizsachen wenigstens nach dem Sinne, wie man früher vom Recurse an den Reichstag gesprochen habe. Dieser Recurs an den Landesherrn sei nun 1) kein ordentliches Rechtsmittel und könne somit das landesherrliche Cabinet niemals in einen Gerichtshof um-

---

16) Klüber a. a. O. §. 350.

17) Klüber a. a. O. §. 521.

18) Pütter's Literatur des teutschen Staatsrechtes §. 450 flg., 513 flg. Klüber, Liter. §. 1228 flg., 1277.

19) Klüber's Staatsr. §. 378.

20) In seinem Handbuch des teutschen gemeinen Processes Bd. I, S. 50 (2. Aufl.)

schaffen; er dürfe immer nur als ein außerordentliches Mittel betrachtet werden. Deshalb finde er 2) in allen Fällen nur in der Art statt, daß den ordentlichen Rechtsmitteln so wenig als dem gewöhnlichen Laufe des Rechtsstreites vor dem competenten Richter durch ihn präjudicirt werde. 3) Aus diesen beiden Ursachen sei es einleuchtend, daß der Recurs an den Landesherrn weder an Fatalien noch an Formalien gebunden und ein bestimmter Rechtsgang, der unter der Bedingung eines Richters gedacht werden könne, ein desfallsiger Schriftenwechsel unter den Parteien nicht denkbar sei. 4) Ob Bericht vom Richter abgefordert werden müsse, hänge von den Umständen des einzelnen Falles, insbesondre davon ab, wie das Factum mehr oder weniger bescheinigt, mehr oder weniger auffallend sei. 5) Daß der Recurs an den Landesherrn keine Suspensivkraft habe, wenn der Recurrent dem Richter die Anzeige mache, er wolle sich an den Landesherrn wenden, sei schon daraus klar, daß die Gesetze ihn als suspensives Rechtsmittel gar nicht kannten. Wenn aber der Landesherr auf eine bei ihm übergebene Beschwerde Bericht fordere oder dem Richter sonst legale Nachricht von dem bei ihm ergriffenen Recurse gebe, so liege auch ohne besonderen Befehl in der Verehrung, welche jeder Staatsbeamte dem Regenten schuldig sei, die Verbindlichkeit, daß er bis auf weitere Bestimmung insoweit an sich halte, als es ohne Schaden der streitenden Theile geschehen könne. Bei Detaillirung der Rechte des Landesherrn, auf dergleichen Beschwerden in Justizsachen einzuschreiten, unterscheidet Gönner (A.) diejenigen Fälle, in welchen der Richter erst im Begriff stehe, eine Ungerechtigkeit zu begehen, (B.) von denjenigen, in welchen das Unrecht schon vollbracht ist. In Fällen der ersteren Art könne der Landesherr zwar niemals befehlen, was der Richter thun, verfügen oder wie er sprechen solle, wohl aber stehe es ihm frei, dem Richter die Gründe zu eröffnen, aus welchen der Landesherr die Rechtmäßigkeit des richterlichen Verfahrens bezweifle. In Fällen der zweiten Art sei wieder zu unterscheiden, ob der Richter die beschwerende Verfügung selbst wieder zurücknehmen könne, welchenfalls dem Landesherrn alle die zu A. erwähnten Befugnisse zustünden; oder ob der ungerechte Schritt des Richters von solcher Beschaffenheit sei, daß er selbst ihn nicht mehr zurücknehmen könne, z. B. ein bereits verkündetes Urtheil. In einem solchen Falle müsse sich der Landesherr jeder weiteren Einmischung in diese Sache enthalten und den Parteien überlassen, durch Gebrauch der von den Gesetzen verstatteten ordentlichen und nach Befinden auch außerordentlichen Rechtsmittel einen anderweiten Richterspruch in der Sache herbeizuführen. Bei ganz groben Verletzungen der Gesetze durch den einen oder anderen Richter könne aber der Landesherr auch unaufgefordert Untersuchung anordnen, in welcher dann zu seiner Zeit ordnungsmäßig erkannt werden müsse, was die Strafgesetze für einen solchen Fall bestimmten, ohne daß jedoch dadurch an den Rechten der streitenden Theile etwas geändert werde.

Schmid[21]) gedenkt dieses Recurses an den Regenten bei Gelegenheit der Pflichtverletzungen des Richters und deren Folgen insbesondre in Fällen verweigerter oder verzögerter Justiz in der Weise, daß die dadurch verletzte Partei ohne Rücksicht auf die Art oder den Werth ihrer Rechtssache sich mit einer Beschwerde (querela de protracta vel denegata iustitia) an den zunächst höheren Richter und, wenn die Beschwerde gegen das höchste Gericht selbst gerichtet, an den Regenten zu wenden befugt sei. Jener oder dieser habe dann Beförderungsschreiben (sog. promotoriales oder mandata de administranda iustitia) unter Bestimmung einer Frist für die Befolgung und nöthigenfalls unter Strafandrohung an den die Justiz verweigernden oder verzögernden Richter zu erlassen oder nach Befinden eine besondere Commission für dieselbe zu bestellen. Könne aber auch vom Regenten keine Abhilfe erlangt werden, so sei in den teutschen Bundesstaaten der — oben schon angegebene — Recurs an die Bundesversammlung gestattet, welche bei begründeter Beschwerde die Bundesregierung, gegen welche die Beschwerde gerichtet sei, zur Abhilfe zu veranlassen habe.

Osterloh[22]) führt unter den außerordentlichen Rechtsmitteln auch den bei Justizbehörden ausnahmsweise vorkommenden Recurs mit auf und lehrt hierüber Folgendes: Recurse wären nur in Administrativ- und Administrativjustizsachen, keineswegs in Justizsachen zulässige Rechtsmittel. Daher könne auch an Justizbehörden in der Regel nicht recurrirt werden. Indessen wären hiervon diejenigen Verwaltungsfragen ausgenommen, welche vor Justizbehörden vorkämen, namentlich Competenzstreitigkeiten zwischen niederen Justizbehörden oder Bezirksappellationsgerichten unter sich oder zwischen diesen letzteren und dem Oberappellationsgerichte. Ferner sei gegen die von einem Bezirksappellationsgerichte verfügte Remotion oder Suspension eines Advocaten oder Notars der Recurs an das Justizministerium gestattet, welches darauf in zweiter und letzter Instanz entscheide. In Vormundschafts- und anderen Justizverwaltungssachen sei es dem Betheiligten überlassen, ob er sich der Beschwerdeführung oder des Recurses bedienen wolle. Der Unterschied zwischen diesen Rechtsmitteln bestehe nur darin, daß die Beschwerdeführung bei der vorgesetzten, der Recurs dagegen bei der mit der Verwaltung beauftragten Justizbehörde, von welcher die beschwerende Verfügung ausgegangen, eingewendet werden müsse. Die erwähnten Recurse wären bei Verlust innerhalb zehn Tagen von der Bekanntmachung der Entscheidung oder Resolution an einzuwenden.

Heimbach[23]) gedenkt des Recurses als eines Rechtsmittels gar

21) Handbuch des Processes Th. I, S. 308.

22) Der ordentliche bürgerliche Proceß nach königl. sächs. Rechte, 3. Aufl. Bd. II, S. 440 u. 560 flg.

23) Lehrbuch des sächsisch bürgerlichen Processes mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebung der zu dem Oberappellationsgerichte zu Jena vereinten Länder, 1852.

nicht und zwar mit Recht, weil die Proceßordnungen der betreffenden Länder es nicht kennen und nur zwei derselben — die Altenburg'sche von 1744 S. 183 und die Gothaische von 1776 S. 146 — mit Bezugnahme auf das bekannte privilegium de non appellando das Verbot des Recurses an die Reichsgerichte wiederholt einschärfen. Erst die neuere Landesgesetzgebung bedient sich der Normirung der Rechtsmittel in Administrativ-Administrativjustiz-Disciplinar-Zolldefraudationssachen ꝛc. häufig des Ausdruckes „Recurs" zur Bezeichnung von Schutzmitteln gegen beschwerende Verfügungen der einen und anderen Behörde, ohne daß sich jedoch hierüber bis jetzt eine feste und übereinstimmende Terminologie gebildet hätte. So gestattete ein herzogl. Meiningen'sches Edict vom 21. Januar 1829 und vom 9. Februar 1829 bei Organisation der oberen Landesstellen den „Recurs" gegen Verfügungen der Unterbehörden an die Landesregierung als Mittelbehörde in Administrativsachen und weiter an das Landesministerium; ferner bei Prüfung und Abhörung öffentlicher Rechnungen gegen desfallsige Resolutionen der Revisoren u. s. w., den Recurs an die Rechnungskammern, eine ebenfalls collegialisch besetzte Mittelbehörde; eine Verordnung vom 7. Mai 1829 bei dem Disciplinarverfahren gegen Advocaten den Recurs an das Oberappellationsgericht zu Jena gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichtes, in welchen auf Verweise Gefängnißstrafen bis zu 14 Tagen, Suspension von der Praxis und Remotion von derselben erkannt worden. Eine Verordnung vom 16. Juni 1829 über die Competenzverhältnisse zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden und ein späteres Gesetz vom 27. December 1847 die Gewerbesteuer betreffend, gestattete bei Regulirung der öffentlichen Abgaben u. s. w. den Recurs an das Landesministerium (auch Oberrecurs genannt), wenn auf die deshalb bei der Landesregierung angebrachten Reclamationen und Moderationsgesuche eine denselben abhelfende Resolution nicht erfolgt war. Ueber die Zweckmäßigkeit einer Verfügung in dem Wirkungskreise der einen oder anderen Verwaltungsbehörde soll unter keiner Bedingung ein gerichtliches Verfahren eröffnet werden, sondern nur der Recurs bei den vorgesetzten Behörden und zuletzt bei dem Herzog selbst stattfinden. Bei Regulirung des jüngsten Besitzstandes in Fällen, wo Gutsunterthanen laufende Gefälle und Dienste verweigern, soll gegen die desfallsigen Entscheidungen der Kreisgerichte u. s. w. kein Rechtsmittel, sondern nur Recurs an das Oberlandesgericht gestattet sein. Das Gesetz vom 8. December 1833, die Erhebung der Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangszölle betreffend, ferner vom 9. December 1833, die Besteuerung des Branntweins betreffend, eröffnet (Art. 105 u. 43) demjenigen, welcher der Hinterziehung solcher Gefälle beschuldigt wird und deshalb von der betreffenden Steuerbehörde in Untersuchung gezogen worden ist, wenn er von der Befugniß zur Berufung auf richterliche Entscheidung keinen Gebrauch machen will, gegen den Strafbescheid des Generalinspectors den Recurs an das Landes-

ministerium unter Festsetzung einer zehntägigen Frist und normirt das Nähere über diese „Recursinstanz". Ein die Expropriationen betreffendes Gesetz vom 28. Juni 1845 Art. 23 gewährt gegen die auf zwangsweise Abtretung von Grundeigenthum lautende Entscheidung der Landesregierung Recurs an das Landesministerium unter Festsetzung einer zehntägigen peremtorischen Frist für denselben. — Nach Art. 68 des Gesetzes vom 23. März 1846, über die Ablösung grund- und gutsherrlicher Lasten findet in Ablösungsangelegenheiten gegen Verfügungen der Ablösungscommissionen nur der Recurs an den Verwaltungssenat der Landesregierung statt. Die revidirte Sportelordnung vom 7. August 1847 weist die Beschwerden über unrichtige Sportelansätze u. s. w. an dasjenige Landescollegium, in dessen Geschäftskreis die Sporteln entstanden sind, und gestattet gegen die desfallsige Entscheidung den Recurs an das Landesministerium. Dasselbe verordnet Art. 12 des Gesetzes vom 11. März 1848 über das Gemeindewesen bei Entscheidungen über den Umfang der Gemeindemarkungen u. s. w. In gleicher oder ähnlicher Weise enthalten auch die späteren Gesetze des Herzogthums Meiningen dergleichen Vorschriften über Gestattung von Recursen in Administrativsachen u. s. w., mit Rücksichtnahme auf die eingetretene Veränderung der Behördenorganisation hinsichtlich der Mittelinstanz.

Die Gesetzgebung der übrigen Staaten hat ziemlich denselben Gang genommen, eine erschöpfende Darstellung der desfallsigen Vorschriften kann aber nicht Aufgabe des gegenwärtigen Artikels sein, das Nähere über Fristen, Formalien u. s. w. solcher Schutz- und Rechtsmittel der Neuzeit muß vielmehr von demjenigen, welcher Kenntniß von diesen Bestimmungen zu nehmen besondere Veranlassung hat, in den betreffenden einzelnen Landesgesetzen nachgesehen werden. Die Anführung der obigen Specialitäten aus der Meiningen'schen Gesetzgebung hat nur den Zweck, auf die Reichhaltigkeit der neueren Gesetzgebung über diesen Gegenstand aufmerksam zu machen.

Replik. So wie sich der Beklagte gegen die Klage vertheidigen kann, theils durch Verneinung des gegenwärtigen Daseins des vom Kläger behaupteten Rechtes, theils durch Berufung auf ein anderes von jenem verschiedenes, dem Beklagten zustehendes Recht, wodurch das klägerische Recht, dessen Existenz vorausgesetzt, in der Klagwirkung gehemmt wird (exceptio)[1], ebenso kann sich der Kläger gegen eine exceptio vertheidigen. Besteht die Vertheidigung gegen die exceptio in der Behauptung eines selbstständigen eigenen Rechtes, wodurch das durch die exceptio behauptete Recht entkräftet wird, so heißt sie replicatio. Die replicatio wird in den Quellen des römischen Rechtes als eine exceptio a parte actoris[2], als eine exceptionis exceptio[3]) dargestellt[4]). Diese

1) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 152 flg.
2) L. 2. §. 1. D. (44. 1.)
3) L. 22. D. (44. 1.)
4) Vgl. über die replicatio Gai. Inst. Comm. IV. §. 126—129. Inst. (IV. 14.)

buchstäblich zu verstehende Erklärung rührt daher, daß die replicatio eine Ausnahme von der durch die Exception regelmäßig bewirkten Absolution des Beklagten herbeiführen, die Verurtheilung des Beklagten also ungeachtet der Exception eintreten sollte. Zu dieser Ausnahme wurde zur Zeit des Formularprocesses der iudex in der vom rechtsprechenden Magistrate ertheilten Formel ausdrücklich angewiesen und es wurde zu diesem Behufe die in der replicatio behauptete Thatsache der Formel mit den Worten aut si etc. einverleibt[5]). Die Replicationen haben, gleich den Exceptionen, ihren Ursprung bald im Civilrechte[6]), bald im prätorischen Rechte[7]). Gegen die replicatio war dieselbe Vertheidigung des Beklagten möglich, wie von Seiten des Klägers gegen die Einreden, von Seiten des Beklagten gegen die Klage. Die Entgegensetzung eines neuen selbstständigen Rechtes gegen die replicatio heißt bei Gajus und in den Institutionen duplicatio, worauf von der anderen Seite eine triplicatio möglich ist, dann eine quadruplicatio, und so fort[8]). Obwohl nach der Versicherung des Gajus allerdings ein solcher wechselseitiger Angriff und Vertheidigung noch weiter als bis zur triplicatio vorgekommen sein soll[9]), so wird es doch nicht sehr häufig gewesen sein; schon echte Replicationen waren gewiß nicht häufig. Daß der erwähnte Sprachgebrauch bei den Römern allgemein gewesen sei, läßt sich nicht behaupten. Denn es ist auch von einer triplicatio gegen die replicatio die Rede[10]), so daß also erstere hier soviel ist wie duplicatio. Je nachdem man die Klage und die Exception als Grundlage jedes Rechtsstreites stillschweigend voraussetzte und erst die folgenden Erwiederungen und Gegenerwiederungen mit Zahlen bezeichnete, oder, was noch natürlicher war, blos die Klage als Grundlage des Processes annahm, und von da an die folgenden Reden und Gegenreden mit Zahlen versah, hieß im ersteren Falle das erstere Stück replicatio, das zweite duplicatio; im zweiten Falle hieß das erste Stück die exceptio, das zweite die Erwiderung des Klägers, welche ebensogut replicatio wie duplicatio genannt werden konnte, das dritte die Erwiderung des Be-

---

5) Savigny a. a. O. S. 190 flg. Die der replicatio bisweilen in manchen Stellen gegebene negative Fassung, z. B. in L. 24. D. (44. 1.) at si res iudicata non sit, ist nicht die ursprünglich in der Formel vorkommende, sondern blos die Relation des Inhaltes einer solchen replicatio. Savigny a. a. O. S. 191, N. b.

6) So kommt die mandati replicatio in L. 48. D. (4. 3.) die repl. SCti Velleiani in L. 32. §. 2. D. (16. 1.) vor.

7) So doli replicatio in L. 154. D. (50. 17.) pacti replicatio bei Gai. Inst. Comm. IV. §. 126.

8) Gai. Inst. Comm. IV. §. 127—129. §. 1. 2. Inst. (IV. 14.) Auch in den fragm. Vatic. §. 259 findet sich derselbe Sprachgebrauch, wo einer doli duplicatio Erwähnung geschieht.

9) Gai. Inst. Comm. C. IV. §. 129. Vgl. auch L. 2. §. 3. D. (44. 1.)

10) L. 2. §. 3. D. (44. 1.) nach der Florentiner Handschrift; L. 7. §. 1. 2. D. (27. 10.)

klagten, welche nun triplicatio hieß u. s. f.[11]). — Sowie der Ausdruck Klage von der formellen Seite, welche dem Processe, und der materiellen, welche dem materiellen Rechte angehört, aufgefaßt werden kann, und sowie beide Beziehungen im heutigen Rechte in den Namen der Klagschrift und des Klagrechtes ihren Ausdruck gefunden haben, so ist dies auch bei den Exceptionen und Repliken u. s. f. der Fall. Man unterscheidet daher auch die Replikschrift und die Replik als Recht des Klägers. Die Replikschrift kann aber nicht blos die eigentlichen Replicationen enthalten, sondern überhaupt die Vertheidigung des Klägers gegen die Einreden, bestehe solche in bloßer Verneinung der den Einreden zum Grunde liegenden Thatsachen. Daher heißt im jetzigen Civilprocesse Replikschrift nicht eine Schrift, welche Replicationen enthält, sondern eine Schrift, in welcher die etwa vorhandenen Replikationen vorgebracht werden müssen. So ist es auch mit der Duplik u. s. w.[12]).

Heimbach sen.

Rescript (rescriptum)[1]) heißt eigentlich eine Rückschrift, ein Antwortschreiben. Die Rescripte der römischen Kaiser sind ursprünglich dadurch veranlaßt worden, daß an dieselben gleich in erster Instanz Rechtssachen durch ein Bittschreiben gebracht wurden, worauf der Kaiser, wenn er nicht selbst die Untersuchung und Entscheidung durch ein Decret übernahm, eine bedingte, von der Wahrheit und Vollständigkeit der in dem Bittschreiben vorgetragenen Thatsachen abhängige Entscheidung durch ein Anwortschreiben (rescriptum) ertheilte, wobei die Untersuchung und die in Gemäßheit des Rescriptes zu fällende Entscheidung einer anderen Behörde, welche entweder das ordentliche Gericht oder eine vom Kaiser besonders beauftragte Behörde sein konnte, überlassen wurde. Häufig erfolgte auch auf Anfragen der Behörden, namentlich der Statthalter der kaiserlichen Provinzen, hinsichtlich eines von ihnen zu entscheidenden Rechtsfalles, die von ihnen erbetene kaiserliche Belehrung über einen Rechtssatz, worüber die Behörden im Zweifel waren, durch ein Rescript. Während die decreta principum rein in der von den Kaisern geübten Rechtspflege ihren Grund hatten, vereinigten bei den Rescripten die Kaiser den richterlichen Beruf und die Eigenschaft von iuris conditores. Daher waren auch die Rescripte, wo sie bloße Belehrungen über das Recht enthielten, den responsa prudentum sehr ähnlich[2]). Die kaiserlichen Decrete und Rescripte werden unter den Rechtsquellen aufgezählt[3]); es heißt von ihnen sowie von den kaiser-

---

11) Savigny a. a. O. S. 192, 193.

12) Savigny a. a. O. S. 194 flg.

1) Vgl. darüber Schulting, diss. pro rescriptis Impp. Rom. (Comm. acad. Vol. I. n. 3.) Glück, Erl. der Pand. Bd. I, S. 525—548. Guyet, Abhdl. aus dem Gebiete des Civilr. (1829) N. 4. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, §. 23, 24, S. 125—141. Puchta, Cursus der Institutionen Bd. I, S. 526 flg., 626 flg.

2) Puchta, Instit. Bd. I, S. 526 flg.

3) Gai. Inst. Comm. I. §. 5. Ulpianus in L. 1. §. 1. D. (1. 4.)

lichen Edicten: legis vicem obtinent, legem esse constat[4]). Wie dies zu verstehen sei, darüber sind die Ansichten verschieden. Savigny[5]) legt ihnen Gesetzeskraft nur für den einzelnen Fall bei, welchen sie betrafen, für gleichartige Fälle nur die Bedeutung von Autoritäten, auf welche man sich, wie auf andere Urtheilssprüche oder Ansichten der Juristen berufen habe, ohne Verbindlichkeit zur Befolgung; er versteht das legis vicem obtinent, bei den Decreten von der unabänderlichen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, bei den Rescripten von der Verbindlichkeit aller Behörden, die Verfügung für diesen einzelnen Fall zu respectiren. Allein dagegen spricht die auch den Decreten und Rescripten gleich den kaiserlichen Edicten von den römischen Juristen beigelegte Gesetzeskraft, wovon jedoch gewisse Constitutionen ausgenommen werden, durch den Zusatz: plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur[6]). Was darunter zu verstehen ist, wird in den Worten gesagt: nam quod princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur[7]). Von den meisten Decreten und Rescripten, welche nicht des in diesen Worten angegebenen Inhaltes sind, behauptet demnach der Jurist geradezu das Gegentheil, das ad exemplum trahi, das personam egredi[8]). Für die Gesetzeskraft spricht auch das Vorhaben des Kaisers Macrinus, die Rescripte seiner Vorgänger sämmtlich aufzuheben[9]), was nicht nöthig gewesen wäre, wenn man ihnen blos die Bedeutung von Autoritäten ohne die Kraft eigentlicher Gesetze beigelegt hätte. Die den Rechtsaussprüchen des Kaisers beiwohnende Autorität für gleiche Fälle, konnte unter der Voraussetzung, daß er den Rechtssatz selbst als einen weiter anwendbaren betrachtete, nach der dem Kaiser durch die lex de imperio eingeräumten Stellung nur die höchste, die eines Volksschlusses, einer lex sein. Allein die Form, in welcher der Kaiser bei Decreten und Rescripten seine Willensmeinung zu erkennen gab, führte zu einem bedeutenden Unterschiede zwischen ihren und anderen Gesetzen. Während nämlich bei den Volksschlüssen, Senatsschlüssen, kaiserlichen Edicten der Wille des Gesetzgebers einen Rechtssatz aufzustellen, gar nicht, der äußere Umfang der Anwendung dieses Rechtssatzes selten zweifelhaft war, und nur der Inhalt des Rechtssatzes regelmäßig Gegenstand der Auslegung sein konnte, konnte bei den Decreten und Rescripten alles dieses zweifelhaft sein und war oft zweifelhaft. Die denselben im allgemeinen beigelegte Kraft hing demnach im besonderen von der Auslegung ab, und da diese von den Juristen ausging, so erklärt sich daraus, daß die römischen Juristen Rescripten gegen-

---

4) Vgl. die in N. 3 angeführten Stellen.
5) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, §. 23, 24.
6) L. 1. §. 2. D. (1. 4.)
7) L. 1. §. 2. cit.
8) Puchta a. a. O. S. 529.
9) Capitol. Macrin. 13.

über doch ihr eigenes freies Urtheil äußern. Für die Existenz eines Rechtssatzes genügte noch nicht ein dafür angeführtes Decret oder Rescript. Es kam vielmehr darauf an: 1) ob der gegebenen kaiserlichen Entscheidung eine allgemein anwendbare Regel zum Grunde lag. Häufig wurde blos für einen einzelnen Fall eine Verfügung getroffen, deren weitere Anwendung durchaus nicht in dem Willen des Kaisers lag; solche Verfügungen hießen personales constitutiones[10]). Ob eine Verfügung eine solche sei, mußte, da dies nicht immer ohne Zweifel und äußerlich zu erkennen war, aus inneren Gründen und aus der Beschaffenheit der Entscheidung selbst beurtheilt werden. Daher werden von den römischen Juristen häufig bei dem Erwähnen einer solchen Constitution noch andere Gründe für den fraglichen Rechtssatz beigebracht, nicht um etwa die unvollkommene Kraft der Decrete und Rescripte zu ergänzen, sondern um die gesetzliche Kraft gerade dieses Decretes und Rescriptes über allen Zweifel zu erheben. Ebenso wird von ihnen auch umgekehrt auf dieselbe Weise dargethan, daß ein bestimmtes Rescript eine constitutio personalis sei, und daher jene Gesetzeskraft nicht habe. Rescripte, welche unzweifelhaft einen allgemein anwendbaren Rechtssatz erhielten, konnte man generalia rescripta im Gegensatze der personalia nennen; auch wird der Ausdruck in diesem Sinne gebraucht[11]). War die weitere Anwendbarkeit der Verordnung entschieden, so kam es 2) darauf an, in welchem Umfange diese weitere Anwendung stattfinden sollte, ob andere Fälle diejenigen Momente des in dem Decrete oder Rescripte entschiedenen Falles enthielten, welche eine Anwendung desselben Rechtssatzes auf sie zuließen, und ob hiernach der Umfang der Anwendung des Rechtssatzes weiter oder enger sei. Auch die Beschaffenheit des Rescriptes, daß es allgemeiner, nicht blos auf Fälle speciell gleicher Art anzuwenden sei, wurde mit dem Ausdrucke generale rescriptum bezeichnet[12]). Da es aber später an einem Organe mangelte, welches, wie früher die Juristen, die Richter über die richtige Anwendung der Rescripte belehrte, und den Beamten nicht die Fähigkeit zugetraut wurde, dies selbst auf die rechte Weise zu thun, auch die kaiserlichen Entscheidungen, selbst wo eine Entscheidung nach dem bestehenden Rechte zu erwarten gewesen wäre, häufig von individuellen Rücksichten abhingen und so beschaffen waren, daß eine Berufung darauf in ähnlichen Fällen nicht wünschenswerth war, so verboten

10) L. 1. §. 2. D. (1. 4.)

11) L. 89. §. 1. D. (35. 2.) L. 1. §. 3. D. (26. 4.) L. 9. §. 2. D. (28. 5.) Wenn Savigny a. a. O. S. 131 aus L. 1. §. 2. D. (11. 4.) L. 3. §. 5. D. (47. 12.) für den Ausdruck generalia rescripta die Bedeutung ableitet, daß diese Circularrescripte, welche an viele Behörden zu gleicher Zeit gerichtet waren, gewesen seien, so steht entgegen, daß sich davon keine Spur findet, daß die Kaiser vor Constantin Rescripte ohne Anfrage erlassen haben. Puchta a. a. O. S. 535, N. p.

12) Puchta a. a. O. S. 536.

Arcadius und Honorius die weitere Anwendung der Rescripte über den Fall hinaus, für welchen sie erlassen sind [13]); ein Verbot, welches Theodosius II. und Valentinianus III. wiederholten [14]), wovon sie nur dann eine Ausnahme machten, wenn dem Rescripte allgemeine Anwendbarkeit ausdrücklich beigelegt sei, was auch dadurch geschehen konnte, daß es als lex generalis oder als Edict bezeichnet wurde [15]). Justinian hat es dabei in Bezug auf die Rescripte gelassen [16]). Später schaffte er die Rescripte in Proceßsachen auf Bittschriften der Parteien ab und untersagte den Richtern, ein solches zu berücksichtigen, wenn auch eine Partei sich ein solches verschafft hätte [17]); auch untersagte er die Consultationen der Richter zur Einholung einer kaiserlichen Entscheidung vor dem Urtheile und befahl ihnen, die Processe nach eigener Einsicht zu entscheiden [18]). Dagegen verlieh er den kaiserlichen Decreten, welche nach Gehör beider Parteien erlassen und in feierlicher Gerichtssitzung publicirt sind, durch ein allgemeines Gesetz, Anwendbarkeit in gleichen Fällen, also die Kraft einer lex generalis, ohne daß es der Beilegung dieser Kraft in jedem einzelnen Decrete bedarf [19]), und verordnete auch, daß ein Rescript, welches eine authentische Auslegung einer früheren lex generalis enthält, allgemein gelten solle [20]). Unter den Rescripten unterschied man nach der äußeren Form, in welcher sie erlassen wurden, Antwort am Rande des empfangenen Schreibens (adnotatio, subscriptio); Antwort in einem besonderen Schreiben (epistola); Antwort in einer feierlichen Form ausgefertigt (pragmatica sanctio). Diese feierlichere Form war eigentlich nur beschränkt auf Rescripte an Corporationen über Angelegenheiten des öffentlichen Rechtes [21]); man hielt sich aber nicht streng an diese Beschränkung [22]). Diese Unterschiede der römischen kaiserlichen Rescripte

---

13) L. 11. Th. C. de divers. rescript. (I. 2.)
14) L. 2. C. (I. 14.)
15) L. 3. C. (I. 14.)
16) L. 13. C. (VII. 45.)
17) Nov. 113. cap. 1.)
18) Nov. 125.
19) L. 12. pr. C. (I. 14.)
20) Dies ist der Sinn der L. 12. §. 1. C. (I. 14.) verb. Cum igitur — esse oportet. Zu dieser Auslegung dieser hinsichtlich ihres Sinnes bestrittenen Worte führt die Verbindung derselben mit den die Wirksamkeit der Rescripte und Decrete beschränkenden Gesetzen der früheren Kaiser. Da nach diesen Gesetzen ein Rescript nur dann allgemein anwendbar sein sollte, wenn dies ausdrücklich gesagt worden war, so war darüber Zweifel, ob ein Rescript, worin eine frühere lex generalis authentisch ausgelegt wird, allgemein gelte, wenn ihm nicht diese allgemeine Giltigkeit ausdrücklich beigelegt ist. Diesen Zweifel beseitigt Justinian und legt einer solchen Auslegung allgemein bindende Kraft bei, in welcher der gesetzlichen Formen sie auch gegeben sei, also auch in einem Rescripte. Puchta a. a. O. S. 632, 633.
21) L. 7. §. 1. C. (I. 23.)
22) Const. Summa reipublicae §. 4, wo auch der pragmaticae sanctiones an singulae personae gedacht wird.

kommen heutzutage nicht mehr vor. Dagegen ist ein durch das kanonische Recht aufgekommener Unterschied zwischen Gnadenrescripten (rescripta gratiae) und Justizrescripten (rescripta iustitiae) wichtig, ein Unterschied, welcher sich aus der Benennung von selbst erklärt. Gnadenrescripte werden nämlich sofort vom Tage ihrer Ausfertigung (a tempore datae), Justizrescripte von der Zeit, wo sie dem Richter vorgezeigt worden sind (a tempore insinuationis) wirksam[23]). Justizrescripte sind nach dem kanonischen Rechte längstens binnen einem Jahre von demjenigen, welcher das Rescript erlangt hat, bei dem Richter vorzuzeigen, nachdem der Impetrant Gelegenheit dazu bei dem Richter gehabt hat[24]); widrigenfalls, wenn solches absichtlich oder aus Nachlässigkeit unterlassen worden ist, das Rescript nicht gegen ein neueres unterdessen vom Gegner ausgewirktes gilt. Obwohl jener Unterschied zwischen Gnaden- und Justizrescripten in der Sache selbst liegt und daher noch heutzutage vorhanden ist, so sind doch die auf die Wirksamkeit derselben und deren Anfangspunkt bezüglichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes nicht mehr für anwendbar zu achten. Denn die souveränen Fürsten der teutschen Bundesstaaten sind nach den Grundsätzen des teutschen Staatsrechtes und nach den Bestimmungen der Verfassungsurkunden in Ansehung der Justizgewalt auf die Anstellung des Richterpersonals und die Oberaufsicht in Justizsachen beschränkt; eine Entscheidung in Justizsachen steht ihnen überall nicht zu und ist, wenn eine solche von ihnen gegeben wird, von den Gerichten nicht zu beachten. Häufig werden auch in den teutschen Bundesstaaten die von den Oberbehörden im Namen des Regenten erlassenen Verordnungen Rescripte genannt. Gehen solche von der oberen Justizbehörde aus, so haben die Untergerichte ihnen als Verfügungen der zuständigen Oberbehörde Gehorsam zu leisten; einer Rechtskraft sind aber solche Rescripte, welche Entscheidungen in Parteisachen enthalten, nicht fähig, wenn sie nicht, wie andere Erkenntnisse, nach vorherigem Gehör der Parteien erlassen und gehörig publicirt worden sind. Solche Rescripte, welche Entscheidungen in Parteisachen enthalten, heißen Decisivrescripte, im Gegensatze der proceßleitenden. Die Giltigkeit der Rescripte ist nach gemeinem Rechte von folgenden theils auf die Form, theils auf den Inhalt bezüglichen Voraussetzungen abhängig: 1) sie müssen die Unterschrift des Regenten oder eines auf dessen Befehl unterzeichnenden Ministers haben sowie mit dem Siegel des Regenten versehen sein[25]);

---

23) Cap. 7. 19. X. (I. 3.) cap. 9. 14. de rescriptis in VI. (I. 3.) cap. 7 de praebendis in VI. (III. 14.) cap. 59. X. (II. 28.) Nur solche Gnadenrescripte, zu deren Verwirklichung die Mitwirkung des Richters oder einer anderen dazu autorisirten Person nothwendig ist, gelten erst von der Zeit der Insinuation. Böhmer, Ius eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. III. §. 23.

24) Cap. 9. 23. X. (I. 3.)

25) Die hierauf bezüglichen römischen Stellen (L. 3. 6. C. (I. 23)) können zwar, was dieses Erforderniß betrifft, nicht mehr als maßgebend angesehen

2) sie müssen das Datum der Unterschrift enthalten (dies et Consul)[26]; 3) kein Rescript darf dem öffentlichen Wohle des Staates oder dem wohlerworbenen Rechte eines Anderen zuwiderlaufen[27]; 4) in dem Berichte oder dem Bittschreiben, wodurch das Rescript veranlaßt worden ist, muß die Sache wahrheitsgetreu dem Regenten vorgetragen worden sein. Verschweigung wahrer Thatsachen oder falsche Darstellung der Thatsachen in dem Bittschreiben macht das Rescript ungiltig. Das römische Recht verlangt zur Giltigkeit eines Rescriptes, daß die Clausel: si preces veritate nitantur, demselben ausdrücklich eingerückt werde[28]; nach kanonischem Rechte ist die Beifügung der Clausel unnöthig und solche versteht sich vielmehr von selbst[29]. Es ist hiernach, da wir dem kanonischen Rechte heutzutage folgen, stillschweigende Voraussetzung jedes Rescriptes, daß sich die Sache in der That so verhalte, wie sie dem Regenten vorgetragen worden ist. Ist dies nicht der Fall, so heißt das auf diese Weise erlangte Rescript ein heimlich erschlichenes und es kann sich derjenige, welchem das Rescript nachtheilig ist, dagegen mit einer Einrede schützen, welche nach Verschiedenheit der Fälle exceptio obreptionis oder subreptionis heißt[30]. Heimbach sen.

Restitution, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[1]). I. Begriff und Wesen. Es ist Erforderniß der allgemeinen Rechtssicherheit, daß einmal bestehende Rechtsverhältnisse von den Betheiligten nicht einseitig wieder aufgehoben werden dürfen, sollte auch dem einen oder anderen Interessenten dadurch ein Nachtheil erwachsen. Das Recht geht davon aus, daß Jedermann die ihm gesetzlich zustehenden Mittel benutzen mag, um sich vor Schaden zu bewahren, und daß derjenige, welcher dies unterläßt, den erlittenen Schaden seiner eigenen Nachlässigkeit beizumessen habe. Nichtsdestoweniger lassen sich

---

werden, da dies einen Gegenstand des öffentlichen Rechtes betrifft; allein dieses Erforderniß muß vorhanden sein, um erkennen zu können, daß wirklich eine Verfügung des Regenten vorliege.

26) L. 4. C. (I. 23.) verlangt die Beifügung des Datum nur bei den beneficia personalia, also bei den Gnadenrescripten. Allein aus anderen Gründen ist die Bemerkung der Zeit der Ausfertigung des Rescriptes, überhaupt nothwendig. Glück, Erl. der Pand. Bd. I, S. 542.

27) L. 6. C. (I. 23.) L. 3. 7. C. (I. 19.) Die Grundsätze des allgemeinen Strafrechtes stimmen damit überein.

28) L. 7. pr. C. (I. 23.)

29) Cap. 2. X. (I. 3.)

30) Vgl. über diese Einrede den Artikel Einrede Bd. III, S. 754—758.

1) Das Hauptwerk über diese Materie ist: Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1832, wo sich S. 23 flg. genaue Nachweisung der Quellen und Literatur finden, zu welcher letzteren hier nur noch nachzutragen ist: Blume, in den Götting. gel. Anz. 1831 S. 1769 flg. von Reinhard, Ergänzungen zu Glück's Comm. der Pand. Bd. II, S. 81 flg. Zimmern, röm. Civilproc. §. 101 flg. v. Schröter, über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. VI, (Gießen 1833) S. 91 flg. Schneider, die allgem. subsidiären Klagen (Rostock 1834) S. 216 flg.

aber einzelne Fälle denken, in denen jener erlittene Nachtheil sich weder vorher erkennen, noch vermeiden ließ, und wo also auch die Mittel, denselben von sich abzuwenden, nicht benutzt werden konnten. Wenn nun auch ein solcher Zustand als ein rechtlicher betrachtet werden muß, so ist er dies doch nur seinen äußeren Merkmalen nach; während die wahre Gerechtigkeit, die Ausgleichung des strengen, formellen Rechtes mit der Billigkeit, aequitas, nicht zur Anerkennung gelangt ist. Jedes ausgebildete Rechtssystem wird die Nothwendigkeit erfaßt haben, jenen Widerstreit zu heben und zu verhüten, daß durch das Recht selbst Schaden und Nachtheil zugefügt werde. In diesem Sinne suchte zwar das prätorische Edict schon frühzeitig ein an sich bindendes Verhältniß aus Gründen der aequitas wenigstens vertheidigungsweise zu hindern; allein der Prätor ging nach und nach weiter und kam in verschiedenen allmälig im Edict speciell verzeichneten Fällen dem Verletzten dadurch zu Hilfe, daß er einen nach der Strenge des Rechtes giltigen Rechtszustand auf Antrag des durch denselben Verletzten durch ein Decret rescindirte und einen anderen, günstigeren, wiederherstellte. Diese durch die Thätigkeit des Prätors herbeigeführte Wiederherstellung des vorigen verlorenen Zustandes durch Aufhebung des gegenwärtigen, aus Gründen der aequitas, heißt in integrum restitutio, auch integri restitutio [2]). Ihre Grundlage ist die aequitas [3]), welche aber hier, wo sie rechtlich anerkannt ist, selbst Recht ist und keineswegs als ein von der Willkür und dem subjectiven Billigkeitsgefühle des Magistrates abhängiger Gnadenact erscheint. Anderer Meinung ist zwar Burchardi, indem derselbe behauptet, daß die in integrum restitutio theils auf Civilrecht, theils auf prätorisches Recht sich gründe und bald als Recht in Anspruch genommen werden könne und ipso iure wirke, bald aber nur als eine besondere Vergünstigung, ein Gnadenact, des Magistrates erscheine, welche letztere die prätorische und die eigentliche in integrum restitutio sei. Allein schon die Folgerung, welche Burchardi selbst aus dieser Meinung zieht, wornach sogar dann, wenn die sämmtlichen Bedingungen der in integrum restitutio vorhanden sind, ihre Ertheilung oder Verweigerung lediglich der Willkür des Magistrates anheim gestellt sein soll, — würde mit dem Zwecke dieses Rechtsmittels in Widerspruch stehen; sie rechtfertigt sich auch nicht durch die Aussprüche der Quellen und ist namentlich von Schröter [4])

---

2) L. 3. §. 1. L. 7. §. 10. de minorib. — Isidor. orig. V. 25. Paull. sent. I. tit. VII. §. 1. 2. c. 2. i. f. C. in qu. caus. (II. 41.) L. 16. pr. D. de min. (4. 4.) extraordinarium auxilium. — L. 29. §. 2. D. eod.: beneficium. — C. 2. C. de in integr. rest. (II. 22.) auxilium. — C. 8. C. de in integr. rest. post. (II. 51.) privilegium.

3) L. 7. §. 3. D. de in integr. rest. (4. 1.) ubi aequitas evidens poscit. L. 1. pr. D. de minor. (4. 4.) L. 1. pr. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) L. 16. §. 3. eod.

4) In der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. VI, S. 169 flg.

und Mühlenbruch[5]) so evident widerlegt worden, daß sie wohl als beseitigt angenommen werden darf, wie denn Burchardi[6]) selbst neuerer Zeit sie aufgegeben zu haben scheint.

Das Wesen der in integrum restitutio kann nur aus dem bei ihr anzewendeten Verfahren verstanden werden. Im classischen römischen Rechte war dies Folgendes. In einer angestellten causae cognitio untersuchte der Prätor, ob im vorliegenden Falle eine Restitution überhaupt zulässig sei[7]) und sofern die Voraussetzungen derselben sich darstellten, so wurde durch ein Decret der vorhandene Rechtszustand aufgehoben und der frühere, verlorene, wiederhergestellt[8]). In diesem Decrete, welches die Ertheilung der in integrum restitutio bildete, wurde zugleich die verlorene Klage wieder zugesichert, (pristinam actionem dare, actionem restituere, litem restituere, iudicium restituere, ex integro agere licere[9]), und zwar mit der Fiction, daß das Recht nicht verloren sei, actio s. formula utilis[10]). Infolge der Erlangung jenes Decretes des Prätors war dem Restituirten nur erst die Möglichkeit gewährt, das restituirte Recht geltend zu machen; dieses Letztere geschah dadurch, daß der Restituirte auf den Grund der in dem Decrete ausgesprochenen Rescission und Restitution auf fernere Instanz, vom Prätor eine formula oder actio utilis sich ertheilen ließ, mit der Fiction, daß der Verlust des Rechtes nicht eingetreten, oder — wo um Restitution wegen eines nicht gemachten Erwerbes gebeten worden war[11]) — der fragliche Erwerb gemacht worden sei. Während das eigentliche Restitutionsverfahren, welches die in integrum restitutio in sich schloß, blos die Erlangung des obgenannten Decretes bezweckte (iudicium rescindens), so war der Zweck des für eine actio utilis — welche, weil sie auf den Grund erfolgter Rescission eines Rechtszustandes, z. B. rescissa usucapione, alienatione etc., und einer ertheilten Restitution gegeben wird, rescissoria oder restitutoria actio, heißt[12]) — eingeführten iudicium, welches den Namen rescissorium führt[13]), theils den etwa erforderlichen Beweis des Umstandes, daß dem Kläger und Impetranten das restituirte Recht

5) In der Allg. Lit. Zeitg. v. J. 1835 S. 530.

6) In dem Lehrb. des röm. Rechtes Bd. II (Stuttgart 1844) S. 177 flg.

7) L. 3. D. de in integr. rest. (4. 1.)

8) L. 9. §. 1. D. de offic. procons. (1. 16.) L. 29. §. 2. 47. §. 1. D. de minor. (4. 4.) L. 45. pr. D. eod. L. 2. §. 4. L. 32. D. de cap. min. c. 1. C. de offic. praet. (I. 39.)

9) L. 8. §. 7. D. 27. §. 5. ad SC. Vell. (16. 1.) L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 9. §. 8. D. quod met. caus. (4. 2.) L. 28. D. de min. (4. 4.) L. 8. §. 7. L. 27. §. 5. D. ad SC. Vell. (16. 1.) L. 31. D. de iureiur. (12. 2.) L. 45. §. 1. eod. c. 1. 2. C. si adv. transact. (II. 32.)

10) L. 20. 43. D. ex qu. c. mai. (4. 6.)

11) L. 17. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) L. 41. 43. eod.

12) L. 3. §. 1. D. de eo, per quem fact. etc. (2. 10.) L. 28. §. 5. 6. D. ex quib. c. mai. (4. 6.) L. 47. §. 3. D. de pecul. (15. 1.) c. 23. C. de rei vind. (III. 32.) c. 16. C. ad SC. Vell. (IV. 29.)

13) L. 46. §. 3. D. de proc. (3. 3.) L. 7. §. 3. D. quod falso tut. (27. 6.)

wirklich gebührt, theils die Festsetzung dessen, was beide Theile sich infolge jenes Rechtes zu leisten hatten. War dem Beklagten, um das restituirte Recht zu verfolgen, blos eine exceptio (replicatio, duplicatio) vonnöthen, so wurde ihm eine solche in dem auf den Grund des iudex rescindens erlassenen Decrete ertheilt; sowie er überhaupt befugt war, das der restituirten actio zu Grunde liegende Fundament auch in Form einer Einrede, und mithin nicht blos angriffs-, sondern auch vertheidigungsweise (exemplo actionis rescissoriae)[14]) geltend zu machen[15]).

Während nun zur Zeit des ordo iudiciorum nach Erlassung des die Restitution ertheilenden Decretes ein iudicium zur Verfolgung des restituirten Rechtes angeordnet ward, so erfuhr dies Letztere in der späteren Kaiserzeit nach und nach eine Veränderung. Indem nämlich der Prätor häufiger als früher extra ordinem verfuhr[16]), so ertheilte er oft keine formula rescissoria, sondern unterzog sich nach dem ertheilten restituirenden Decrete sofort selbst den Functionen, welche in dem iudicium rescissorium dem iudex oblagen[17]). In welchen Fällen der Prätor einer solchen extraordinaria cognitio sich unterzog, hing jedenfalls anfänglich theils von dem Gutbefinden des Prätors selbst, theils von dem Antrage des Klägers ab; für die spätere Zeit wird aber bezeugt, daß das Verfahren extra ordinem bei der restitutio maiorum durch kaiserliche Constitutionen und Senatusconsulte als das regelmäßige eingeführt worden sei[18]); ohne daß jedoch weitere Auskunft darüber vorhanden ist, ob dies allgemein oder nur unter gewissen Voraussetzungen stattgefunden habe.

Bedarf es zur reellen Restitution einer Handlung des Gegners nicht und ist, um die ertheilte Restitution wirksam zu machen, eine actio (oder exceptio) rescissoria oder eine extraordinaria cognitio nicht nöthig, handelte es sich vielmehr um eine Gewährung anderer Art, z. B. um Verbesserung einer irrigen oder mangelhaften Formel[19]), um Versäumniß eines Beweismittels[20]), einer Appellation[20a]), einer

---

14) Cf. L. 9. §. 1. D. qu. met. c. (4. 2.) L. 28. §. 5. D. ex qu. c. min. (6. 6.) L. 9. D. de iureiur. (12. 2.)

15) Gai. IV. 126—130. tit. I. de replicatt. (IV. 14.) L. 2. 22. §. 1. D. de except. (44. 1.) L. 156. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) v. Schröter a. a. O. S. 105.

16) Puchta, Curs. d. Institut. Bd. II, §. 176, 177. Schröter a. a. O. S. 106 flg. Burchardi a. a. O. S. 451 flg.

17) L. 39. §. 6. D. de proc. (3, 3.) L. 3. §. 9. L. 13. §. 1. L. 24. §. 4. L. 2. pr. D. (4. 6.) L. 39. pr. D. de min. (4. 4.) L. 32. §. 4. D. de admin. et per. tut. (26. 7.)

18) Callistratus lib. II. edicti monitor.: Hoc edictum quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus in usu frequentatur. Huiusmodi enim personis extra ordinem ius dicitur ex Sctis et principalib. constitutionibus. L. 2. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) Ueberhaupt Burchardi a. a. O. S. 464 flg.

19) L. 46. §. 3. D. de procur. (3. 3.)

20) L. 36. D. de min. (4. 4.)

20a) L. 8. i. f. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 7. §. 11. D. de minor. (4. 4.)

Erbschaftsantretung[21]), so bestand das Restitutionsverfahren blos in der causae cognitio über die Bedingungen des Restitutionsgesuches, und der Prätor sprach im günstigen Fall sofort mittelst Decretes aus, daß der Fehler der Formel unnachtheilig, das versäumte Beweismittel, die Appellation, noch zulässig, die Erbschaftsantretung noch statthaft sei u. s. w. Nach dem Untergange des ordo iudiciorum im neueren römischen Rechte (von Diocletian und Maximinian an) ist von einer Ertheilung der rescissoria s. restitutoria actio oder formula nicht mehr die Rede; das Verfahren extra ordinem, in welchem zugleich über den Beweis des restituirten Rechtes und über dasjenige, was vermöge desselben die Parteien einander zu gewähren hatten, erkannt wurde, ist allein noch übrig geblieben. Das causa cognita vom Prätor ertheilte restituirende Decret bildet fortwährend die in integrum restitutio.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß die in integrum restitutio prätorischen Ursprunges ist und sie in der rechtlichen Wiederherstellung eines nach strengem Rechte aufgehobenen Rechtszustandes durch die unmittelbare Thätigkeit des Magistrates (also nicht des Gegners) behufs der Ausgleichung der aequitas mit dem strengen Rechte in concreto[22]) besteht.

Diese Momente unterscheiden die in integrum restitutio von allen Obligationen und Rechtsmitteln, welche ein Zurückgeben, ein restituere im weiteren Sinne[23]), eine Entschädigung, Auflösung eines Geschäftes u. s. w. bezwecken. Denn nicht materielle Entschädigung für erlittenen Nachtheil, sondern formelle Aufhebung des verletzenden Verhältnisses selbst, die Fiction, daß dasselbe nicht vorhanden sei, ist das Wesen der eigentlichen in integrum restitutio[24]). Zur näheren Bestimmung der Grenzen und des Gebietes der in integrum restitutio mögen folgende Bemerkungen dienen.

A. Man theilt nicht selten die in integrum restitutio in civiles und praetoriae ein und rechnet zu jenen theils die späteren civilen Erweiterungen der prätorischen Restitutionen, theils mehrere, welche ihren Ursprung ganz allein in dem Civilrechte haben sollen. Allein die Erweiterungen der prätorischen Restitution gehören zu dem prätorischen System und stehen unter den Grundsätzen der eigentlichen Restitution[25]). Die sog. civilen Restitutionen aber sind durchgängig den Quellen fremd und beruhen auf Mißverständnissen. Denn was zuvörderst:

---

21) Cap. 1. C. sint om. her. (II. 40.)

22) Vangerow, Pand. Bd. I, S. 222, 223.

23) S. z. B. L. ult. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) tit. C. de sent. pass. et restit. (IX. 51.) Durch diese weitere Bedeutung des restituere ist namentlich noch Burchardi in der ang. Schrift S. 5 flg. verleitet worden, das Gebiet der in integr. rest. über seine wahren Grenzen auszudehnen. S. unten.

24) Zimmern, röm. Civilpr. §. 101.

25) Vangerow a. a. O. unter 2.

a) die von Burchardi[26]) hierher gezählte Rückforderung durch eine der condictiones ex causa, d. h. die condictio ob causam dator. s. causa data causa non secuta, ob turpem causam, die condictio indebiti, sine causa, ob iniustam causam, anbelangt, so sind diese selbstständige Klagen auf ein Zurückgeben, in welches zur Zeit des ordo iudicior. der Judex verurtheilte[27]), und ebensowenig ist

b) bei der Entkräftung inofficiöser Verfügungen durch die querela inofficiosi testamenti, inoff. donationis, dotis[28]), von einer Wiederherstellung des früheren Rechtes die Rede, sondern gleichfalls nur von Rescission eines an sich giltigen Rechtszustandes und Verurtheilung des Beklagten zu einem Herausgeben durch den iudex[29]). Ja selbst in dem — allerdings scheinbaren Falle der cap. 1. Cod. de don. quae sub modo (VIII. 55.) kann eine in integrum restitutio wegen des Mangels eines vorangehenden rescindirenden Decretes, durch welches sich die Restitution von den nicht seltenen Fällen, in denen zur Wiedererlangung eines verlorenen Eigenthums utiles in rem actiones gewährt sind[30]), unterscheidet, nicht angenommen werden.

c) Die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufvertrages wegen Verletzung über die Hälfte[31]) ist ebenfalls keine in integrum restitutio, sondern blos die actio venditi, durch welche der Verkäufer auf Zurückgabe seiner Leistung klagt. Gewöhnlich betrachtet man auch das dem suus heres von Justinian in cap. 6. C. de repud. vel abstin. hered. (VI. 3.) verliehene Recht, das Abstiniren, innerhalb drei Jahren sich reuen zu lassen und die noch unveräußerte Erbschaft zu reclamiren, als eine in integrum restitutio. Allein dies dem suus eingeräumte Recht hat gar keine Aehnlichkeit mit einer wahren restitutio, indem dem suus gerade das Recht ertheilt ist, ohne Restitution die unveräußerte Erbschaft anzutreten und als Erbe in Anspruch zu nehmen, auch ein sonstiger Umstand, der auf eine restitutio deutet, nicht erwähnt wird; während vielmehr die Erbschaft nicht vermöge eines, die in integrum restitutio charakterisirenden, Decretes des Magistrates, durch welches die Ausschlagung der Erbschaft rescindirt würde, sondern lediglich durch die einseitige Willenserklärung des suus erworben wird.

B. Der Annahme einer ädilicischen in integreum restitutio bei der actio redhibitoria des ädilicischen Edictes steht der Grund entgegen, daß das genannte Rechtsmittel als bloße persönliche Klage auf Zurück-

---

26) A. a. O. S. 8 A.
27) Schröter a. a. O S. 460.
28) Burchardi a. a. O. S. 8 B.
29) Siehe auch Blume, in den Göttinger gelehrt. Anz. 1831 Heft 179, S. 1779. C. 4. C. de inoff. donat. (III. 29.)
30) L. 30. §. 5. D. de mort. c. don. (39. 6.) §. 34. I. de rer. divis. (II. 1.) c. 8. C. de R. V. (III. 32.) c. 30. C. de iur. dot. (V. 12.) L. 2. D. quando ex facto tut. Vgl. Zimmern, im rhein. Mus. Bd. III, S. 346, 347.
31) Cap. 2. 8. C. de resc. emt. (IV. 44.) Schröter a. a. O. S. 152 flg.

gabe einer verkauften Sache geht, von einer Rescission des Rechtsverhältnisses selbst durch ein Decret des Magistrates und dem sonstigen Restitutionsverfahren aber keine Spur vorhanden ist [32]).

C. Ebensowenig erscheinen die prätorischen, auf restituere im weiteren Sinne, Zurückgabe und Ersatz, gerichteten Schädensklagen, namentlich actio quod metus causa, die actio in factum iudicii mutandi causa, actio Paulliana in factum, actio doli, als in integrum restitutiones, indem sie auf keiner, ihrer Gewährung vorausgegangenen Rescission beruhen, sondern gleichfalls nur auf factische Ausgleichung des in Frage stehenden Nachtheiles hinauslaufen [33]), ebenso wie die nicht auf restituirten Rechten beruhenden Einreden, wie die exceptio doli, metus.

D. Mit dem Namen in integrum restitutio wird in den Quellen auch die Wiederaufhebung von Straferkenntnissen sowie die Wiedereinsetzung des Bestraften in seinen vorigen Rechtszustand durch die Gnade des Landesherrn belegt [34]). Mit der wahren prätorischen in integrum restitutio hat sie gemein, daß bei ihr ebenfalls durch ein Decret, und zwar des Regenten, der vorhandene Rechtszustand für aufgehoben erklärt und der frühere wiederhergestellt wird. Allein daneben unterscheidet sie sich von jener wesentlich durch den Umstand, daß jene, die eigentliche prätorische in integrum restitutio, auf bestimmten Rechtsgründen beruht [35]), und im vorkommenden Falle als ein Recht gefordert werden darf, während diese, eben weil sie nur eine Gnade ist, lediglich von der Willkür, dem Ermessen, des Landesherrn abhängig ist. Der von den Neueren gemachte Unterschied zwischen einer in integrum restitutio ex capite iustitiae und ex capite gratiae, ist daher unhaltbar. Als eine wahre in integrum restitutio dagegen erscheint die Restitution eines Verurtheilten alsdann, wenn dieselbe in der That auf Rechtsgründe sich stützt, z. B. wenn später der Beweis der Unschuld beigebracht wird [36]).

Nicht zu verwechseln mit der eigentlichen in integrum restitutio ist das teutsche nicht suspensive Rechtsmittel der sog. Läuterung, Re=

---

32) Schröter a. a. O. S. 150. Entgegen steht auch nicht L. 60. D. de aedil. ed. (21. 1.), indem durch das in integrum restituuntur nur die factische Wiederherstellung des vorigen Zustandes durch gegenseitige Zurückgabe dessen, was die Contrahenten von einander in ihrem Vermögen haben, infolge der Verurtheilung durch den Judex, — nicht aber eine wahre in integr. rest. gemeint ist.

33) Vgl. hierüber und über die unter den Neueren streitige Frage Mühlenbruch, Pand. §. 158, N. 4 Cession (3. Ausg.) §. 29, N. 230, S. 351, ob die actio in factum iudicii mutandi causa auf einer in integr. restit. beruhe, besonders Schröter a. a. O. S. 145 flg.

34) Cap. 1. C. de sent. pass. (IX. 51.) Cf. mit L. 1. §. 9. L. 10. D. de postul. (3. 1.) L. 45. §. 1. D. de re iudic. (42. 1.) L. 27. pr. D. de poenis (48. 19.)

35) L. 5. D. de in integr. rest. (4. 1.)

36) L. 1. §. 27. de quaest. (48. 18.) L. 9. §. 11. L. 27. §. 11. D. de poenis. (48. 19.)

vision, welches in einigen Ländern allerdings in integrum restitutio oder auch remedium restitutionis in integrum genannt wird, und zwar mitunter mit dem Zusatze: ordinarium, um es dadurch von der eigentlichen — welche dann remedium restitutionis in integrum extraordinarium heißt — zu unterscheiden [37]).

II. Erfordernisse der in integr. restitutio. A. Iusta causa, d. h. eine bestimmte, gesetzlich anerkannte Thatsache, bei deren Vorhandensein, falls sie die Veranlassung eines Nachtheiles gewesen, die Wiederaufhebung desselben gerechtfertigt erscheint. Als solche causae sind im Gesetze folgende genannt: metus, calliditas, minor aetas, status mutatio, absentia, iustus error [38]).

B. Eine Verletzung, d. h. derjenige, welcher die in integrum restitutio nachsucht, muß durch den vorhandenen Zustand einen wirklichen Nachtheil erleiden [39]), welcher von dem Imploranten in dem Restitutionsgesuche gehörig zu substantiiren und da nöthig zu beweisen ist [40]); es sei denn daß die Handlungen, gegen welche in integrum restitutio gesucht wird, schon an sich nachtheilig ist, wo dann eine besondere

---

37) Estor, gründl. Unterricht von Abfassung der Urtheile und Bescheide u. s. w. (Marb. 1745) §. 842 flg. Linde, Civilpr. §. 416. Die durch die Reichsgesetze (Visitationsabsch. v. 1533 §. 5. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. LII, und im Concl. der Kammergerichtsordn. Th. III, Tit. LXII, Kammergerichtsgemeinbescheid v. 1760. (Emminghaus, Corp. Jur. Germ. Neue Ausg. v. 1844 S. 292, 580) eingeführte Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse auf den Grund der noviter reperta erscheint als eine wahre in integr. restit. Archiv für civil. Prax. Bd. IV, S. 121 flg. Burchardi S. 185.

38) L. 12. D. de in integr. rest. (4. 1.) Außer in den gedachten Fällen will Schröter a. a. O. S. 142 eine eigene in integr. rest. auch noch annehmen 1) bei dem SCtum Velleianum, nach L. 12. D. (4. 4.) L. 8. §. 7—14. L. 13. §. 2. D. de SCto Vellei. (16. 1.) cap. 19. C. (IV. 29.); auch dann, wenn der Schuldner durch privative Intercession einer Frau von seiner Verbindlichkeit befreit worden, später aber die Frau sich auf das SCtum Velleianum beruft, wo dann der Prätor causa cognita die Intercession durch ein Decret rescindire, zugleich dem Gläubiger die durch dieselbe aufgehobene Klage wider den Hauptschuldner wiederum gewähre und hierdurch dem Gläubiger gegen die Befreiung seines ursprünglichen Schuldners in integr. rest. ertheile; 2) wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht, nach L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 3. §. 1. D. de eo, p. q. fact. (2. 10.) und 3) wegen Veräußerung in fraudem creditorum. Allein es ist insbesondre von Vangerow a. a. O. Bd. I, S. 230 flg. nachgewiesen worden, daß die von Schröter für den Fall unter 1) angerufenen Gesetze keine genügenden Anhaltepunkte für die Annahme einer eigenen in integr. rest. darbieten, daß vielmehr L. 12. D. de min. (4. 4.), wornach die Restitution der Klage, als auf dem ius commune beruhend, dargestellt wird, positiv entgegensteht; daß ferner die Fälle unter 2) und 3) nur einzelne Anwendungen der restit. propter absentiam und bezüglich propter dolum enthalten. Vgl. auch Schneider, subsid. Kl. S. 247 flg.

39) L. 1. §. 10. L. 3. §. 6. L. 6. 7. §. 3. L. 24. §. 1. L. 44. 49. D. de min. (4. 4.) c. 14. C. de proc. (II. 13.) c. 5. pr. C. de in integr. rest. min. (II. 22.)

40) L. 7. §. 3. 8. L. 1. §. 3. D. de min. (4. 4.) c. 12. C. de praediis et al. (V. 71.)

Beweisführung überflüssig ist. Daß der Nachtheil schon eingetreten, oder unabwendbar bevorstehe, ist nicht erforderlich, vielmehr genügend, daß irgend eine Gefährdung des bis dahin bestandenen Privatrechtsverhältnisses einer Person vorliege; gleichgiltig ist es ferner, ob die Verletzung in einem positiven Schaden oder in einem entgangenen Gewinne besteht[41]), ein nach Geld anzuschlagendes oder ein sonstiges Interesse betrifft[42]). Nach mehrfachen Aussprüchen der Quellen wird erfordert, daß die Verletzung nicht ganz unbedeutend sei[43]), zwar enthalten dieselben keine allgemeine, alle Restitutionen ausdrücklich begreifende, Regel; aus welchem Grunde insbesondre noch neuerlich Burchardi[44]) sich bewogen gefunden hat, das Erforderniß einer nicht ganz geringen Läsion zu bestreiten und die hiervon redenden Stellen als Singularitäten zu betrachten. Allein wenn auch mehrere Gesetze, welche man für die diesseitige Ansicht anzuführen pflegt[45]), allerdings als Singularitäten sich ankündigen, so erklärt sich dies doch daraus, daß sie nicht allein eine nicht ganz unbedeutende, sondern sogar eine sehr beträchtliche Verletzung als Bedingung der Restitution erfordern[46]). Dagegen ist in den übrigen bezüglichen Stellen keine Spur enthalten, woraus man entnehmen könnte, daß sie blos Vorschriften für singuläre Fälle enthielten. Bedenkt man daneben die schon von Anderen[47]) hervorgehobene Analogie der actio de dolo[48]) und der actio redhibitoria[48a]) sowie den in der Natur der Dinge liegenden Grundsatz, eine außerordentliche Rechtshilfe nicht um jeder Kleinigkeit willen eintreten zu lassen; und daß namentlich auch noch in dem kanonischen Rechte zur Zulässigkeit des Restitutionsgesuches der Nachweis einer nicht ganz unbedeutenden Läsion verlangt wird[49]); so dürfte die gewöhnliche Meinung gegen die jenseitigen Bedenken vollständig gerechtfertigt sein,

---

41) L. 7. pr. §. 6. L. 44. D. de min. (4. 4.) L. 17. 27. D. ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 17. §. 3. D. de usur. et fruct. (22. 1.) Burchardi S. 60 flg.

42) L. 3. §. 6. L. 6. 34. §. 1. L. 35. D. de min. (4. 4.) c. 2. C. si adv. r. iud. (II. 27.) c. 8. C. qu. appell. non est necess. (VII. 64.) Burchardi S. 70 flg.

43) L. 9—11. D. de dol. mal. (4. 3.) L. 7. §. 8. L. 9. pr. L. 11. §. 4. 5. L. 49. D. de minor. (4. 4.) L. 8. §. 17. D. de her. pet. (5. 3.) L. 37. §. 1. D. de acquir. v. om. hered. (29. 2.) c. 1. C. si adv. vend. pign. (II. 29.) c. 1. C. si adv. donat. (II. 30.)

44) A. a. O. S. 82 flg.

45) Cap. 1. C. si adv. pign. C. 3. C. si adv. fisc. (II. 37.) §. 5. 6. I. de her. qual. (II. 19.) L. 57. §. 1. D. de acq. v. omitt. her. (29. 2.)

46) L. 9. pr. D. de min. (4. 4.) c. 1. C. si adv. vend. pign. (II. 29.) c. 3. C. si adv. fisc. Gai. II. 163. — §. 5. 6. I. de her. qual. (II. 19.) S. unten C. N. 10.

47) Vangerow a. a. O. S. 224.

48) L. 9. §. 5. L. 10. 11. pr. D. de dol. (4. 3.)

48a) L. 54. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 8. L. 4. §. 6. L. 10. §. 2. L. 11. 48. §. 8. D. de aedil. ed. (21. 1.)

49) C. 5. 8. X. de in integr. rest. (I. 41.) c. 11. X. de reb. eccles. alien. (III. 13.)

wie sie denn auch in neuester Zeit wiederum von namhaften Schriftstellern in Schutz genommen worden ist [50]). Darüber, ob die Verletzung von der erforderlichen Bedeutung sei, hat das richterliche Ermessen zu entscheiden [51]). Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß die Verletzung unmittelbar durch das fragliche Verhältniß herbeigeführt worden sein muß, etwaige blos zufällige nachtheilige Folgen eines an sich nicht verletzenden Geschäftes aber die in integrum restitutio ausschließen [52]).

C. Vorhandensein eines zur in integrum restitutio geeigneten Falles. Als Regel gilt, daß gegen alle Verhältnisse Restitution ertheilt werden könne [53]). Nur in gewissen Fällen ist sie durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen, und zwar:

1) Nach einer Entscheidung Justinian's [54]) können Descendenten gegen die Ascendenten, und Freigelassene gegen die Patronen die Restitution nicht gebrauchen. Doch leidet dies eine Ausnahme, wenn Kinder gegen ein die väterliche Gewalt begründendes, — z. B. gegen die Adoption oder ein Urtheil, durch welches die Eigenschaft eines Hauskindes ausgesprochen ist, — oder gegen ein die väterliche Gewalt aufhebendes Geschäft sich restituiren lassen wollen [55]); ferner gegen die Ausschlagung einer vom Vater dann angetretenen Erbschaft [56]), und wenn die Mutter die Vormundschaft ihrer Kinder führte, und diese gegen einen hierauf bezüglichen Rechtszustand restituirt werden wollen [57]).

2) Gegen den Verlust von Pönalklagen [58]).

3) Wenn der, durch die Restitution aufzuhebende Nachtheil viel geringer ist, als der dem Gegner dadurch entstehende [59]), womit auch zusammenhängt, daß die Restitution nicht zulässig ist, wenn man ein lucrum cessans mit dem damnum emergens eines Anderen erlangen will [60]).

---

50) Mühlenbruch, Pand. § 159 unter 1 u. N. 1. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. B. VI, §. 3. Vangerow a. a. O. Bd. I, S. 224.

51) L. 4. de min. und Mühlenbruch a. a. O.

52) L. 7 § 8. L. 11. §. 4. 5. D. ex qu. caus. mai. (4. 6.) Burchardi S. 114 flg.

53) L. 7. pr. D. de min. (4. 4.) Ait Praetor: gestum esse dicetur. Gestum sic accipimus, qualiter qualiter: si confractus sit, sive quid aliud contigerit. Burchardi a. a. O. S. 92 flg.

54) Cap. 2. C. qui et adv. quos (II. 41.) Ueber die Bedeutung des Ausdruckes parentes in dem Gesetze s. Burchardi S. 120.

55) L. 3. §. 6. D. de min. (4. 4.) L. 6. §. 1. de bon. poss. (37. 1.) c. 9. pr. C. Theod. de bon. damnat. (IX. 42.) c. 2. C. si adv. r. iud. (II. 27.)

56) C. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. (VIII. 61.)

57) Nov. 155. c. 1. (nicht glossirt).

58) L. 37. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 24. D. de min. (4. 4.) L. 7. §. 1. D. (47. 10.)

59) L. 4. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 24. D. de min. (4. 4.) c. 6. C. de repud. her. (VI. 31.)

60) L. 18. 22. §. 1. D. ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 17. §. 3. D. de usur. (22. 1.) L. 25. D. de admin. et peric. tut. (25. 7.)

4) Gegen die Versäumniß der Frist zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[61]).

5) Wenn der Verletzte sich einen Dolus oder sonstige Verschuldung hat zu Schulden kommen lassen[62]), insofern nämlich der Dolus der Verschuldung die unmittelbare Ursache der Verletzung ist[63]), während sie außerdem ohngeachtet der sich zu Schulden gebrachten culpa gewährt wird, z. B. dann, wenn ein wegen eines Delictes in Haft Befindlicher eine Versäumniß beging[64]).

6) Gegen Straferkenntnisse, indem diese blos durch den Landesherrn aus Gnaden aufgehoben werden können[65]). Nur insofern läßt sich eine Ausnahme aufstellen, falls die Strafe blos Folge der Eingehung eines Rechtsgeschäftes war, gegen welches der Verurtheilte sich restituiren ließ und wodurch er sich wenigstens mittelbar von der Strafe befreite[66]).

7) Gegen die vom Fiscus vorgenommene öffentliche Versteigerung der Güter fiscalischer Schuldner, sofern der Verkauf in der gesetzlichen Weise geschah[67]).

8) Gegen die Eingehung einer giltigen Ehe, indem die Trennung einer solchen schon nach neuerem römischen Rechte nur in bestimmten Fällen straflos[68]), nach jetzigem Rechte aber überhaupt nur aus einzelnen wenigen, ausdrücklich geordneten, Gründen möglich ist[69]). Anders verhält es sich bei Verlöbnissen; nach römischem Rechte begründeten dieselben gar keine klagbare Verbindlichkeit, konnten also willkürlich und einseitig aufgehoben werden[70]); nach kanonischem Rechte

---

61) L. 39. pr. D. de min. (4. 4.)

62) L. 9. §. 2. 5. D. de min. L. 26. §. 6. D. ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 4. §. 2. D. ad SCt. Vellei. (16. 1.) L. 4. §. 26. D. de doli m. et met. exc. (44. 4.) c. 2. 3. C. si min. se mai. (II. 43.) c. 1. C. qui et adv. quos (II. 42.)

63) L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 15. §. 3. L. 16. 26. §. 1. D. ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 2. §. 4. D. (4. 5.) nach welcher letzten Stelle die Restitution wegen capitis deminutio ausgeschlossen ist, wenn der Verletzte selbst durch die Arrogation des deminutus die Läsion sich zuzog. — Eine Ausnahme von dem obigen Grundsatze tritt ein, wenn in der Persönlichkeit des zu Restituirenden der Grund der Restitution liegt, wornach ihr diese gerade gegen Uebereilung und Versehen zu Hilfe kommen soll, wie bei den Minderjährigen, denen aber der Dolus auch hier schadet. S. die angef. Ges.

64) L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.)

65) L. 1. §. 9. 10. D. de postul. (3. 1.) L. 37. §. 1. D. de minor. (4. 4.) L. 45. §. 1. D. de re iud. (42. 1.) L. 27. pr. D. de poen. (48. 19.) Ueberhaupt L. 9. §. 4. D. de minor. Vgl. Burchardi S. 129 flg.

66) L. 1. §. 10. D. de procur. (3. 1.)

67) Cap. 3. C. si adv. fisc. (II. 37) c. 1. 2. 5. C. de fide et iur. rest. (X. 3.) c. 2. C. si propt. publ. pensit. (IV. 46.)

68) S. Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilr. Bd. III, Abth. I, S. 98 flg.

69) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 452 flg. Rechtslexikon Bd. III, S. 575 flg. Burchardi S. 143 flg.

70) Cap. 1. 5. C. de sponsal. (V. 1.) c. 14. C. de nupt. (V. 4.) c. 2. i. f. E. de repud. (V. 17.)

sind dieselben zwar klagbar[71]), allein da sie durch Zwang, Furcht, Betrug und wesentlichen Irrthum schon ipso iure nichtig sind[72]), mithin hier eine Restitution nicht erforderlich ist, so erscheint Minderjährigkeit hier wohl als der einzige Restitutionsgrund.

9) Gegen das Versäumniß dilatorischer Einreden im Processe[73]); im jetzigen Processe werden versäumte Einreden, sofern man sie erst später erfahren, noch bis zum Urtheile zugelassen[74]).

10) Gegen den Ablauf der 30 und 40jährigen Verjährung; zwar wird die Zulässigkeit der Restitution von Burchardi[75]) behauptet; allein die Worte der c. 3. C. de praescr. 30 vel. 40 ann. (VII. 39.) wollen offenbar sagen, daß nach Ablauf einer so langen Zeit ein weiterer Rechtsschutz nicht mehr gewährt werden soll, und die gewöhnliche Ansicht hat deshalb guten Grund[76]). Was die kürzeren Verjährungen anbetrifft, so ist die Restitution speciell für unzulässig erklärt: a) bei der erwerbenden Verjährung von 3, 10 und 20 Jahren wegen Minderjährigkeit; indem während des minderjährigen Alters keine kürzere als die 30jährige läuft[77]); b) gegen die Ersitzung von Seiten anderer Personen, als an welche man die Sache durch Veräußerung u. s. w. verloren hat[78]); c) in dem jetzt nicht mehr anwendbaren Falle in L. 37.

---

71) C. 10. 17. 22. X. de sponsal. (IV. 1.)

72) L. 60. i. f. D. de sponsal. (23. 1.) c. 4. X. de despons. impub. (IV. 2.) c. 15. 21. 28. X. de spons.

73) Cap. 12. C. de exc. s. praescr. (VIII. 36.) Ueber das ältere Recht Gai. IV. 125.

74) J. Reichsabschied §. 78 — „oder daß der Beklagte seines neuen Einbringens vorhin nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht und solches auch eydlich erhalten hätte.“ Gönner, Hdbch. des Proc. Bd. II, S. 33, §. 15. Martin, bürgerl. Proc. §. 170 (160).

75) A. a. O. S. 135. S. auch Vangerow Bd. I, S. 229 flg.

76) Thibaut, Verj. §. 65. Mühlenbruch, Pand. Bd. I, §. 160, N. 15. Unterholzner, ausführl. Verjährungslehre Bd. I, §. 136. Ueber die aus clem. un. de rest. in integr. (I. 11.) abgeleitete angebliche Ausnahme zu Gunsten der Kirchen s. Unterholzner a. a. O.

77) Mühlenbruch, Pand. §. 261 sub c. Thibaut, System Bd. II, §. 1014 n. A. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. §. 131, N. t. Arndt, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XX, S. 389 flg. Cap. 5. C. ex qu. caus. in integr. restit. (II. 41.)

78) Cap. 3. C. de his quae vi (II. 20.) c. 4. C. si quis ignor. (V. 73.) Burchardi S. 526. Nach der Meinung Einiger, z. B. Merenda, controvers. lib. XIII. c. 38 soll gegen die longi temp. praescriptio überhaupt kein in integr. rest. ex claus. generali, wegen Unkenntniß der factischen Verhältnisse, statthaft sein, indem c. 12. i. f. C. de praecsr. l. temp. (VII. 33.) vorschreibe, daß die Wirkung jener Verjährung nach Ablauf der gesetzlichen Zeit eintreten solle: nulla scientia vel ignorantia expectanda. Allein in diesen Worten ist die Ausschließung der in integr. rest. gewiß nicht ausgesprochen, sondern blos von dem Eintritte der Wirkung der Verjährung an sich die Rede. Ueberdies läßt L. 15. §. 5. D. quod vi aut clam (43. 5.) die Restitution bei den kürzeren Verjährungsfristen ex clausula generali ausdrücklich zu, ebenso c. 3. 5. C. de restit. mil. (II. 51.) c. 1. 2. C. de temp. in integr. rest. (II. 52.) und daß dieselbe auch wegen Furcht

D. de minor. (IV. 7.) Auch soll nur ex magna et iusta causa restituirt werden: gegen die Verjährung der querela inofficiosi testamenti, und wenn die der Restitution selbst gesetzte Verjährungszeit abgelaufen ist[79].

11) Gegen rechtskräftige Erkenntnisse ex causa erroris[80]; wogegen allerdings wegen Minderjährigkeit[81], wegen Abwesenheit, wenn der Verletzte keinen Procurator zurückließ[82], sowie ohne Zweifel auch wegen Zwanges und Betruges, restituirt wird. Nach römischem Rechte[83] wurde wegen neu aufgefundener Thatsachen und Beweismittel nur in einer causa publica, nicht zu Gunsten von Privatinteressen, nach dem kanonischen Rechte[84] und den Reichsgesetzen[85] aber auch im letzteren Falle Restitution ertheilt.

12) Ist in einer Rechtssache eine Restitution aus einem bestimmten Grunde schon einmal ertheilt worden, so soll in derselben Sache nicht eine nochmalige Restitution aus den früheren Gründen gewährt werden[86].

13) Verzicht auf die Restitution, nachdem das Verhältniß oder der Umstand, worin die iusta causa restitutionis liegt, aufgehört hat, schließt die Restitution aus, sofern nicht eine Restitution gegen den Verzicht selbst wiederum zulässig ist[87].

14) Endlich ist die Restitution ausgeschlossen wider ein Urtheil infolge eines geschworenen, von dem die Restitution Suchenden angetragenen — nicht eines vom Richter auferlegten — Eides wegen neu entdeckter Urkunden auf den Grund des Irrthums[88].

15) Man behauptet gewöhnlich, daß die in integrum restitutio zu den subsidiären Rechtsmitteln gehöre und sie nur da zulässig sei, wo blos durch sie der zugefügte Schaden allenthalben wieder gut gemacht

---

und Zwang, Betrug ebenfalls analog statthaft sei, dürfte keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

79) L. 8. §. 17. D. de inoffic. test. (5. 2.) L. 20. §. 1. D. de min.

80) L. 32. D. de re iud. (42. 1.) c. 7. C. de iur. et facti ignor. (I. 18.)

81) L. 16. §. 4. D. de min. c. 1. 2. 4. 5. C. si adv. rem. iud. (II. 27.)

82) Cap. 1. C. qu. ex caus. mai. (II. 54.) Ueber die Restitution gegen das Versäumniß der Appellation L. 8. D. de in integr. rest. (4. 1.)

83) L. 35. D. de re iudic. (42. 1.) c. 4. C. de re iud. (VII. 52.)

84) C. 6. 7. X. de in integr. rest. (I. 41.)

85) Visitationsabsch. v. 1533 §. 5. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. LII und Concl. der Kammergerichtsordn. Th. III, Tit. LII.

86) Cap. 1. C. si saepius. (II. 44.) c. 3. C. eod. Restitution gegen eine bereits ertheilte Restitution ist aber zulässig: L. 7. §. 9. D. de min.; nur nicht in dem Falle, wenn ein filiusfamilias sich gegen die Ausschlagung der ihm deferirten Erbschaft, welche sein Vater angetreten hatte, Restitution erlangt hatte; c. 8. §. 6. C. (VI. 61.)

87) L. 3. §. 12. L. 20. §. 1. L. 21. 30. D. de min. c. 1. 2. C. si mai. fact. rat. hab. (II. 46.)

88) L. 63. D. de iureiur. (12. 2.) Der freiwillige, vom Gegner zugeschobene, Eid gilt nach römischem Rechte als Vergleich, welcher durch später entdeckte Urkunden nicht rescindirt werden kann. L. 35. D. de re iudic. (42. 2.) c. 4. C. eod. (VII. 52.) cf. mit c. 19. 29. C. de transact. (II. 4.)

werden könne[89]). Allein bei näherer Prüfung schien das Gegentheil richtiger zu sein. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß gegen Rechtsverhältnisse, welche schon an sich nichtig sind, keine in integrum restitutio gegeben wird, so liegt dies doch lediglich darin, daß hier eine wahre Verletzung, ein Nachtheil, eben gar nicht eingetreten ist[90]), und wenn man sich für die Subsidiarität der in integrum restitutio auf L. 16. pr. §. 1. 3. D. de min. c. 2. C. quib. in caus. (II. 41.) berufen hat[91]), so sagen diese weiter nichts, als daß bei der Nichtigkeit des angeblich verletzenden Rechtsgeschäftes eine in integrum restitutio nicht ertheilt zu werden brauche. Dagegen ist außer Zweifel, daß a) die in integrum restitutio mit der actio und exc. quod met. c. electiv concurrire[92]); b) daß das Verhältniß der in integrum restitutio zur actio doli sogar so dargestellt wird, daß man jene, wo immer thunlich, der letzteren Klage vorziehen solle[93]); c) ferner ist die Wahl zwischen der Contractsklage und der in in integrum restitutio, um sich gegen den dolus des anderen Contrahenten bei bonae fidei Contracten zu schützen, ausdrücklich zugestanden[94]); d) ebenso kann die restitutio minorum blos zur Vermeidung von Streitigkeiten und Kosten gebraucht werden, selbst wenn dem Minderjährigen noch andere Rechtsmittel zu Gebote stehen[95]); nicht minder hat der minor, welcher durch eine Handlung seiner Vormünder verletzt ist, regelmäßig die Wahl, ob er eine Schädenklage gegen diese erheben, oder sich restituiren lassen will[96]), und es ist ein Grundsatz, daß der Minderjährige überall das Recht hat, statt eines remedium ordinarium ein extraordinarium zu wählen[97]). Da nun

---

89) Glück, Comment. Th. IV, §. 436, S. 419 flg. Mühlenbruch, Pand. §. 159. Burchardi S. 101. Vangerow a. a. O. Bd. I, S. 226 flg. Schneider, subs. Klag. S. 224 flg.

90) L. 21. §. 3. D. qu. met. c. (4. 2.) L. 16. §. 1. 3. D. de min. (4. 2.) c. 2. C. si adv. donat. (II. 30.) c. 4. C. in qu. caus. (II. 41.) c. 3. C. de tut. vel. cur. (V. 42.)

91) Mühlenbruch a. a. O. N. 5.

92) L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 6. D. quod met. c. (4. 3.) c. 3. C. de his quae vi metusve c. (II. 20.) c. 1. C. de rescind. vend. (IV. 44.) cf. L. 86. pr. D. de damno inf. (39. 2.) L. 21. §. 6. D. quod met. c. (4. 2.)

93) L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 5. §. 6. L. 39. D. de dol. (4. 3.)

94) Cap. 3. C. quib. c. mai. (II. 52.) c. 1. 5. C. de resc. vend. (IV. 44.) und besonders c. 10. C. eod. Vgl. auch Burchardi S. 361 flg. Schröter a. a. O. S. 121. Vangerow a. a. O. S. 227.

95) L. 6. D. de min. (4. 4.)

96) Cap. 3. C. si tut. v. cur. int. (II. 25.) Eine Ausnahme in L. 39. §. 1. D. de min. (4. 4.), durch welche die Regel aber eben nur bestärkt wird. L. 16. §. 2. D. de min. (4. 4.) L. 47. §. 1. D. eod. L. 25. 39. §. 13. D. de admin. et per. tut. (26. 7.)

97) Cap. 3. C. si tut. v. cur. int. (II. 25.) Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curato, ne ius suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari, iam pridem placuit.

diese Stellen nicht allein für die bei weitem meisten Fälle der in integrum restitutio die Subsidiarität in Abrede stellen, auch ihrer Fassung nach nicht beabsichtigen, irgend singuläre Fälle zu entscheiden, so kann man bei der aufgestellten Ansicht um so mehr stehen bleiben, als auch sonst der prätorische Schutz electiv mit dem civilen, z. B. im Verhältnisse der hereditas zur bonorum possessio, concurrirt.

III. Voraussetzungen hinsichtlich der Personen und zwar 1) desjenigen, welcher die Restitution zu verlangen berechtigt ist. Es versteht sich von selbst, daß die Restitution zunächst der Verletzte selbst suchen darf; steht er unter Vormundschaft, so ist die Zustimmung des Vormundes erforderlich, selbst dann, wenn der Implorant bloßer minor ist [98]. Steht er in väterlicher Gewalt, so ist der Consens des Vaters nöthig, welcher auch selbst für den Sohn, sogar wider dessen Willen, sofern derselbe nicht in besonderen Verhältnissen als sui iuris betrachtet wird, die Restitution suchen darf [99]) sowie nicht minder der Vormund selbstständig für den Mündel Restitution zu impetriren berechtigt ist [100]); auch bei einer cura rerum, indem auch bei dieser der curator eine Administration unter sich und die Pflicht hat, die Vermögensrechte des Abwesenden u. s. w. zu vertheidigen und für deren Wahrung und Erhaltung nöthigenfalls durch Anstellung der geeigneten Rechtsmittel, zu sorgen; zu welchem Zwecke er aber befugt sein muß, die Restitution gegen ein, das unter der cura stehende Vermögen, benachtheiligendes Geschäft nachzusuchen [101]).

Außer dem Verletzten selbst gebührt die Restitution ferner allen denen, welche jenen rücksichtlich des verletzenden Zustandes vertreten, namentlich: 1) den Erben [102]) und 2) den sonstigen Universalsuccessoren [103]), insofern nämlich der verletzte Erblasser u. s. w. selbst noch zur in integrum restitutio berechtigt gewesen, z. B. nicht schon durch

---

98) §. I. de curatoribus (I. 23.) L. 1. §. 3. 4. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) c. 2. C. qui legit. pers. standi (III. 6.) c. 12. C. de adm. tut. vel. curat. (V. 37.)

99) L. 27. pr. D. de min. (4. 4.) c. 4. X. de in integr. rest. (1. 41.)

100) L. 29. pr. D. de min. L. 35. §. 1. D. de aur. et arg. leg. (34. 2.) L. 2. C. si saep. (II. 44.)

101) Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. IV, S. 356. A. M. Burchardi S. 395. Ueber die Vorsteher juristischer Personen c. 11. X. de reb. eccles. al. (III. 13.) Burchardi S. 396.

102) L. 6. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 3. §. 9. L. 18. §. 5. L. 19. D. de min. L. 24. §. 2. eod. L. 35. §. 6. D. de ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.) c. 4. 5. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.) Nov. 100. c. 2. Eine Ausnahme ist enthalten in c. 7. C. de rest. mil. (II. 51.), wornach ein Soldat, als Erbe seines Vaters, die von diesem vorgenommenen Geschäfte (pro disciplina militari) nicht soll anfechten dürfen, wenn nicht der Vater selbst seine Unzufriedenheit mit dem Geschehenen zu erkennen gegeben hat.

103) L. 6. D. de in integr. rest. L. 3. §. 9. D. de min. L. 4. §. 6. L. 5. D. de alien. iud. mut. (4. 7.) L. 128. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) Burchardi S. 404 flg.

Verjährung, Verzicht u. dergl. davon ausgeschlossen war; 3) den Cessionarien, denen das Restitutionsrecht von dem Verletzten cedirt worden ist[104]). 4) Der Procurator kann für den Principal Restitution verlangen, entweder vermöge eines mandatum speciale[105]), oder nach geleisteter cautio de rato iudicatum solvi[106]). Der heutige Gerichtsgebrauch gestattet aber den Procuratoren die im Processe beiläufig nöthig werdenden Restitutionen schon vermöge ihrer allgemeinen Proceßvollmacht nachzusuchen, sofern sich annehmen läßt, daß auch der Principal sie unter den obwaltenden Umständen gesucht haben würde[107]). Vorsteher der Gemeinheiten werden wie Procuratoren behandelt[108]). 2) Was denjenigen anbetrifft, gegen welchen die Restitution gerichtet ist, so ist dies zunächst derjenige, welcher das verletzende Rechtsgeschäft geschlossen, oder der, welcher durch dasselbe unmittelbar einen Gewinn gemacht hat; also bei Verträgen der Mitcontrahent, bei der Restitution gegen processualische Nachtheile der Proceßgegner[109]). Der bloße Besitzer einer Sache, gegen deren Verlust Restitution gesucht wird,

---

104) L. 24. D. de min. L. 25. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) L. 20. §. 1. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) Burchardi S. 406 flg.

105) L. 25. §. 1. D. de min.

106) L. 39. §. 6. D. de procur. (3. 3.) Burchardi S. 396 flg. Beim Ehemann, als präsumtiven Procurator der Frau, muß die Caution wegfallen; c. 21. C. de proc. (II. 13.)

107) Carpzov, respons. lib. II. resp. 95. n. 19. sq. Harpprecht, vol. nov. consil. 69. n. 27. sq. Canngiesser, decis. H. Casselan. T. II. decis. 255. n. 19. Schmidt, Comment. zu seines Vaters Lehrb. v. gerichtl. Kl. Bd. V, §. 1442. Glück, Comment. Bd. V, S. 401 flg.

108) L. 3. §. 6. D. 9. cuiusque univ. nom. (3. 4.) Nicht Wenige, z. B. Glück a. a. O. S. 457 flg., nehmen an, daß die Restitution, wie ein privilegium causae, ohne weiteres auch dem Singularnachfolger rücksichtlich der von dem Auctor in Bezug auf die Sache Anderen ertheilten nachtheiligen Rechte sowie den accessorisch Verpflichteten in den Fällen, in denen der Hauptschuldner sich restituiren lassen können, zu Statten komme. Es ist dies aber gewiß irrig; und die Quellen enthalten keine Stützen hierfür. Ueber das gewöhnlich cit. L. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.) vgl. Vangerow a. a. O. S. 233 flg. Wird die in integr. rest. durch eine exceptio geltend gemacht, so ist ihre Zulässigkeit für die accessorisch Verpflichteten und correi nach den Grundsätzen über die Beantwortung der Frage zu beurtheilen, inwieweit sie der exceptio des Hauptschuldners, correus, sich bedienen dürfen. Ueber die Wirkung der restit. minorum für die Intercedenten des Minderjährigen s. unten.

109) L. 9. pr. 13. pr. 14. 29. §. 2. D. de min. L. 23. §. 3. L. 30. §. 1. L. 40. §. 1. D. ex qu. c. mai. c. 3. C. de his quae vi (II. 20.) c. 1. C. de resc. vend. (IV. 44.) Nov. 119. c. 6. Daß die Restitution auch gegen die Erben und sonstigen Universalsuccessoren des ursprünglichen Gegners geht, ist außer Zweifel, L. 14. D. de min. L. 78. §. 1. D. de leg. (2. 31.) c. 6. 7. C. de in integr. rest. min. (II. 22.), die Erben haften aber, wenn die die Restitution begründende Handlung auf einem Delict beruht, nach römischem Rechte nur bis zum Belauf der Bereicherung. L. 16. §. 2. D. qu. met. caus. (4. 2.) L. 17. §. 1. D. de dol. mal. (4. 3.) L. 30. pr. D. ex qu. caus. mai. (4. 6.) c. 6. 7. C. de in integr. rest. min. (II. 22.) Anders nach kanonischem Rechte. Cap. 14. X. de sepult. (III. 28.) c. 9. X. de usur. (V. 19.) c. 5. 10. de raptor. (V. 17.) c. 28. X. de sent. ex comm. (V. 39.) Franke, Beiträge N. 1, §. 6.

haftet als solcher regelmäßig nicht, sondern nur ausnahmsweise, ohne daß jedoch hierüber ein allgemeines Princip sich aufstellen ließe; indem vielmehr die einzelnen Abweichungen bei den einzelnen Restitutionen zu erwähnen sind [110]). Die Frage, inwieweit die Restitution gegen den Vater als Vertreter der in seiner Gewalt befindlichen Kinder gesucht werden kann, ist nach den Grundsätzen von der Haftverbindlichkeit des Vaters für die, gegen seine Hauskinder gerichteten Ansprüche zu beantworten [111]). Der Procurator dessen, gegen welchen Restitution gesucht wird, muß stets cautio de rato und iudicatum solvi leisten [112]).

3) Competenz der restituirenden Behörden [113]). a) Ueberhaupt. Nach den prätorischen Edicten hatte sich der Prätor das Recht, Restitution zu ertheilen, selbst vorbehalten [114]). Als jene in die Provinzialedicte übergingen [115]), und unter den Kaisern neue Magistrate für die Ausübung der Privatrechtspflege eingeführt wurden, so wurde es Regel, daß alle mit der Privatrechtspflege betrauten Behörden Restitution ertheilen konnten, jedoch, weil das Restituiren nicht als ein Act der eigentlichen Justiz, iurisdictio, sondern der Regierungsgewalt betrachtet wurde (actus qui magis imperii quam iurisdictionis est), nur diejenigen, welchen außer der iurisdictio auch das imperium zusteht [116]), daher außer den Prätoren, der praefectus urbis [117]), der praefectus praetorio [118]), die praesides provinciarum aller Art, mit Einschluß der legati principis in den kaiserlichen Provinzen [119]), die procuratores caesaris oder rationales [120]), und der Kaiser selbst [121]); seit Constantin auch die Vicarien in den Diöcesen, und die wieder über diesen stehenden neuen prätorischen Präfecten in den vier Präfecturen, in welche das Reich zerfiel [122]); nicht aber die Municipalobrigkeiten [123]).

---

110) Burchardi S. 416 flg., S. 419 flg. So ist z. B. die in integr. rest. wegen dolus in personam, diejenige wegen metus in rem, ebenso die in mehreren Fällen in integr. rest. wegen minor aetas.

111) L. 24. §. 3. 4. D. de min.

112) L. 39. §. 6. D. de procurat. (3. 3.)

113) Burchardi §. 28.

114) L. 1—3. D. de in integr. rest. L. 1. §. 1. D. de min. L. 1. §. 1. D. ex qu. c. mai. L. 1. §. 6. D. quod fals. tut. (27. 6.)

115) L. 19. D. qu. met. (4. 2.) L. 12. 15. 25. 27. D. de min. L. 25. D. ex qu. c. mai.

116) L. 26. D. de V. S. (50. 1.)

117) L. 16. §. 5. L. 38. pr. D. de min.

118) L. 17. D. eod.

119) L. 42. D. eod. L. 7. §. 2. L. 8. D. de off. proc. vel. leg. (1. 16.) L. 10. 11. D. de off. praes. (1. 18.) c. 2. C. ubi et ap. quem (II. 47.) c. un. D. de off. praef. (1. 17.)

120) Cap. 2. 3. C. si adv. fiscum (II. 37.)

121) L. 10. 18. 38. pr. D. de min. c. 1. C. ubi et ap. quem (II. 47.)

122) Burchardi S. 540.

123) L. 16. §. 5. L. 47. D. de min. L. 26. D. ad municip. (50. 1.)

Justinian hat später[124]) den iudices a principe datis und den iudices pedanei das Recht ertheilt, in den bei der Ausübung ihrer Rechtspflege incidenter vorkommenden Restitutionsfällen zu restituiren[125]). Weiter geht das kanonische Recht, welches jedem mit Civilgerichtsbarkeit versehenen Richter (iudices ordinarii administrationem habentes) und den von diesen ernannten Delegaten das Recht der Restitutionsertheilung giebt[126]), und wenn auch hierbei wohl nur zunächst an die Inhaber der geistlichen Gerichtsbarkeit gedacht sein mag, so ist doch jene kanonische Bestimmung jetzt allgemein als praktisch anerkannt, zumal die heutige Gerichtsverfassung bekanntlich von dem römischen Unterschiede zwischen iurisdictio und imperium nichts weiß und heutzutage jede Civilbehörde das imperium besitzt. Uebrigens kann ein Delegat oder Commissar ohne weiteres eine in der vor ihm verhandelten Sache incidenter nachgesuchte Restitution ertheilen, außerdem nur, wenn er gerade für die Entscheidung über das Restitutionsgesuch ernannt, oder ihm die ganze Gerichtsbarkeit des Deleganten übertragen ist[127]). b) Im Besonderen. Das Restitutionsgesuch wird im allgemeinen nach Analogie der Klagen behandelt, und es ist daher das Gesuch bei demjenigen Richter anzubringen, bei welchem man den Gegner im Falle förmlicher Klagerhebung belangen müßte, regelmäßig daher im foro domicilii[128]), bei einer restitutio in rem das forum rei sitae[129]), und daß unter den geeigneten Voraussetzungen auch der Gerichtsstand des Contractes u. s. w. angegangen werden kann, scheint keinem Zweifel zu unterliegen[130]). Bei einer in integrum restitutio contra rem iudicatam kann der Richter, welcher das Urtheil gefällt, selbst oder ein gleich hoher oder höherer restituiren[131]), daher gegen die Entscheidungen des Kaisers oder eines iudex a principe datus nur der Kaiser selbst[132]). — Ist blos incidenter in einem Processe Restitution gesucht, so ist der für jenen zuständige Richter auch für diese zuständig; denn die Competenz zieht in der Regel auch die einzelnen Incidentpunkte an sich.

---

124) In cap. 3. C. ubi et ap. quem. cognitio (II. 47.)
125) S. Burchardi S. 541 flg.
126) Cap. 2—8. 9. X. de in integr. rest. (I. 41.)
127) Cap. 3. C. ubi et ap. quem cognitio (II. 47.) c. 9. cit.
128) Cap. 2. C. ubi et apud quem (II. 47.) Burchardi S. 548.
129) C. ult. C. ubi in rem act. (III. 19.)
130) Burchardi S. 549.
131) Cic. de legg. III. c. 4. Cic. III. c. 36. F. C. Conradi, Ius prov. ex ant. Rom. erutum c. 3. Hugo, Rechtsgesch. S. 231 flg. L. 16. §. ult. L. 17. 42. D. de min. L. 18. pr. eod.
132) L. 18. §. 1—3. L. 1. §. 4. D. de min. c. 3. C. si adv. rem iudic. (II. 27.) c. 1. C. ubi et apud quem. (II. 47.) Gegen die heutige Anwendbarkeit des römischen Grundsatzes, daß von Seiten coordinirter Gerichte, selbst solcher, welche an sich auch in der Sache zuständig gewesen wären, Restitution ertheilt werden könne, erheben sich manche gewichtige Bedenken; s. Burchardi S. 551 flg.

IV. **Verfahren bei der Restitution.** 1) Allgemeiner Grundsatz ist es, daß eine Restitution nicht von Amtswegen, ex officio, sondern nur auf Nachsuchen ertheilt wird[133]); es folgt dies schon aus den allgemeinen Regeln über die Grenzen der richterlichen Thätigkeit, ferner daraus, daß Niemandem eine so außerordentliche Rechtshilfe, wie die Restitution, aufgedrungen werden darf[134]). Eine Ausnahme tritt nur bei den unter Vormundschaft stehenden Personen[135]) ein, indem diese nach den Reichsgesetzen[136]) gegen die Versäumnisse ihrer Vormünder im Processe keines besonderen Restitutionsantrages bedürfen, vielmehr ihnen etwaige Versäumnisse in keiner Weise nachtheilig werden sollen. — Ebenso versteht es sich, daß der Gegner des Imploranten über das Restitutionsgesuch, sofern es nicht sofort als unzulässig zu verwerfen ist, gehört[137]), auch die behauptete und speciell anzugebende[138]) Verletzung, und die angebliche causa restitutionis (Zwang, Furcht, Minderjährigkeit u. s. w.) bewiesen werden muß[139]). Sobald das Restitutionsgesuch angebracht worden, muß rücksichtlich des Gegenstandes der Restitution alles in statu quo bleiben, nach Analogie der Grundsätze über die res litigiosae[140]); bis zum Austrage der Sache kann daher z. B. nicht auf Erfüllung des Rechtsgeschäftes, gegen welches Restitution gesucht ist, geklagt werden, sowie auch Veräußerungen des Gegenstandes der Restitution nichtig sind; ein Urtheil, gegen welches Restitution gesucht ist, bleibt suspendirt[141]), ausgenommen dann, wenn gegründeter Verdacht vorliegt, daß die Restitution lediglich absichtlich zum Verschleife der Sache, aus Chicane, nachgesucht ist, wo dann das Urtheil — nöthigenfalls gegen zu leistende cautio de restituendo von Seiten

---

133) L. 3. §. 4. D. de in integr. rest. L. 29. §. 2. D. de min. c. 2. C. si adv. cred. (II. 38.) Nov. 119. c. 6.

134) Beneficia nemini obtruduntur. — Burchardi S. 421 flg.

135) Diesen sind auch die juristischen Personen im Verhältnisse zu ihren Vorstehern gleich zu achten; cap. 32. C. de episc. et cler. (I. 3.)

136) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 95. Emminghaus, Corp. Jur. Germ. (Neue Ausg. 1844) S. 430 flg.

137) L. 13. pr. L. 29. §. 2. D. de min. c. un. C. si adv. dotem. (II. 34.) c. 2. C. si adv. fisc. (II. 37.) Nov. 119. c. 6. c. 5. X. (I. 41.)

138) L. B. a Wernher obs. for. P. VIII. obs. 400.

139) L. 13. D. de in integr. rest. L. 23. pr. D. qu. met. c. (4. 2.) L. 39. pr. L. 43. D. de min. L. 18. §. 1. L. 19. §. 1. D. de prob. (22. 3.) Cap. 1. C. de off. praet. (I. 39.) Cap. 7. C. de his qu. vi (II. 20.) Cap. 6. C. de dolo (II. 21.) Cap. 4. C. de in integr. rest. min. (II. 22.) Cap. 1. 3. 4. C. si min. se mai. dix. (II. 43.) Cap. 9. C. de probat. (IV. 19.) C. 2. C. de praed. et al. reb. min. (V. 71.) Cap. 4. X. de in integr. rest. (I. 41.) Die Praxis pflegt freilich bei processualischen Versäumnissen, wenn die Restitution nicht offenbar überflüssig ist, auf bloßen einseitigen Antrag brevi manu zu restituiren, was in vielen Fällen sich auch rechtfertigen läßt.

140) Cap. un. C. in integr. rest. post. (II. 50.) — clem. 2. ut lite pend. nihil innov. (II. 5.)

141) Cap. 32. C. de transact. (II. 4.)

des Siegers — vorläufig vollstreckt werden darf [142]). Gegen die Entscheidung über das Restitutionsgesuch steht es bei den Parteien zu, wenn sie sich verletzt fühlen, zu appelliren und sich zu diesem Zwecke jedes irgend zulässigen Rechtsmittels zu bedienen [143]). Ist die Restitution rechtskräftig abgeschlagen, so hat dieses Erkenntniß die gewöhnliche Wirkung der res iudicata und es kann ein neues Restitutionsgesuch nur auf einen neuen Grund hin gestellt werden [144]). — 2) Bereits oben, im Eingange, ist bei Gelegenheit der Darstellung des Begriffes und Wesens der in integrum restitutio das Restitutionsverfahren, wie es im römischen Rechte bis zur Zeit Justinian's sich gestaltete, namentlich der Unterschied des iudicium rescindens und iudicium rescissorium s. restitutorium dargestellt worden, so daß hier eine bloße Beziehung auf jene Ausführung genügt. Was das heutige Restitutionsverfahren betrifft, so ist dasselbe in den Fällen, wo schon nach römischem Rechte zur Restitution das bloße iudicium incidens genügte, ganz das römische, und die Praxis pflegt hier eine summarische Verhandlung eintreten zu lassen. In den Fällen, wo auf das iudicium rescindens ein iudicium rescissorium folgte, wird jetzt jenes mit diesem in der Regel verbunden, geradezu die actio rescissoria erhoben oder die aus dem verlorenen Rechte hervorgehende exceptio vorgeschützt und ein Restitutionsgesuch hiermit verbunden, worauf über die Statthaftigkeit der in integrum restitutio, und das Dasein des zu restituirenden Rechtes, sowie über dasjenige, was die Parteien vermöge des letzteren einander zu gewähren haben, zugleich verhandelt und entschieden wird [145]).

IV. Verjährung der Restitution. In dem prätorischen Edicte war nur die restitutio minorum und die restitutio maiorum einer Verjährung unterworfen, und zwar sollten dieselben, wie die meisten prätorischen Rechtsmittel, innerhalb eines annus utilis nicht nur erbeten, sondern auch ausgewirkt werden [146]). Von der in integrum restitutio wegen capitis deminutio wird ausdrücklich bemerkt, daß sie perpetua sei [147]), wogegen von einer Verjährungsfrist bei den übrigen Restitutionsgründen in den Quellen keine Rede ist, da die Bestimmungen über die

---

142) Cap. 6. 7. X. de in integr. rest. (I. 41.) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. LII. Conc. der Kammergerichtsordn. Th. III, Tit. LXII. Gemeinsch. des Reichskammergerichtes v. 1669, 1671, 1760. Emminghaus, Corp. Jur. Germ. (Neue Ausg. 1844) S. 504, 515, 580.

143) L. 38. pr. 39. pr. D. de min. c. 1. C. si adv. cred. (II. 38.) Cap. 1. C. si saep. (II. 44.) C. 10. X. de in integr. rest. (I. 41.)

144) Cap. 1—3. C. si saepius in integr. rest. (II. 44.) Cap. 10. X. (I. 41.)

145) Siehe überhaupt Burchardi §. 26, S. 490 flg. Es ist aber kein rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem man die römische Trennung des iudicium rescindens und rescissorium bei uns für unerlaubt erklären dürfte; Burchardi a. a. O.

146) L. 19. 39. D. de min. L. 1. §. 1. D. ex qu. caus. mai. Cap. 5. pr. 6. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.)

147) L. 2. §. ult. D. de cap. min. (4. 5.)

Dauer der actio quod metus causa und doli[148]) hier deshalb keine Anwendung leiden können, weil die gedachten Rechtsmittel keine in integrum restitutiones sind (s. oben). Constantin schrieb nicht nur für die actio doli die Frist eines annus continuus vor, sondern verordnete auch, daß bei der restitutio minorum der annus utilis wegfallen und anstatt dessen ein quinquennium, quadriennium oder triennium eintreten solle, je nachdem der Minderjährige in Rom, bis zum hundertsten Meilensteine, in Italien oder in der Provinz, sich aufhielte, welche Fristen von der Volljährigkeit oder venia aetatis an continuo berechnet werden sollten[149]). Justinian ging noch weiter durch die Vorschrift[150]), daß für die Restitution der minores sowohl, als auch der maiores ein quadriennium continuum an die Stelle der früheren Verjährungsfristen treten und innerhalb desselben die Restitution nicht allein erbeten, sondern auch das Restitutionsverfahren beendet werden müsse[151]). Weitere Bestimmungen über die Verjährung der Restitution sind nicht vorhanden; bestritten aber ist der Umfang, in welchem das angeführte Gesetz Justinian's zu verstehen ist. Die gewöhnliche Ansicht[152]), welcher auch natürlich wieder Burchardi[153]) und Vangerow[154]) beigetreten sind, versteht unter der von Justinian erwähnten restitutio maiorum alle übrigen Restitutionen außer der restitutio minorum und läßt demnach jede Restitution in dem von Justinian geordneten quadriennium verjähren; für welche Ansicht man sich namentlich darauf stützt, daß die Absicht Justinian's, durch seine Constitution eine durchgreifende Satzung für jede Restitution einzuführen, aus den Worten des Einganges: quod non solum — hoc idem adhiberi sancimus, deutlich hervorgehe. Allein diesem steht entgegen, daß Justinian, seinen ausdrücklichen Worten nach, von denen man doch ohne die dringendsten Gründe nicht abweichen darf, nur und allein die früheren Localverschiedenheiten bei der Verjährung der in integrum restitutio minorum und den annus utilis, wo nämlich derselbe vorgeschrieben war, aufheben wollte. Hier tritt nun jener ausdehnenden Erklärung der c. ult. cit. schon der Umstand entgegen, daß die in integrum restitutio wegen capitis deminutio, wie wir bestimmt wissen, perpetua war, von einem annus utilis also bei ihr nie die Rede gewesen ist; daß aber auch bei den übrigen Restitutionen, außer der eben gedachten und der wegen minor aetas und absentia, in den Quellen nichts von einer Verjährung

---

148) L. 14. §. 1. D. qu. met. c. (4. 2.) Cap. ult. C. de dol. mal. (II. 21.)
149) Cap. 2. C. Theod. de in integr. rest. (II. 16.)
150) Cap. ult. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.)
151) Unterholzner, ausf. Verjährungslehre Bd. II, S. 9, R. 531.
152) Glück, Comment. Bd. V, S. 436 flg. Unterholzner, ausführl. Verjährungslehre §. 151, R. 525. Mühlenbruch, Pand. §. 160. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. VI, §. 10.
153) S. 509 flg.
154) Bd. I, S. 235.

binnen eines annus utilis vorkommt, während Justinian nicht blos diese eben erwähnte kurze Frist zu erweitern beabsichtigte. Erwägt man daneben, daß die in dem fraglichen Gesetze genannte restitutio maiorum blos das Edict, welches mit der restitutio wegen absentia anhebt, bezeichnet[155]), daß ferner die Worte des Gesetzes selbst, wornach in die vier Jahre der maiores die Zeit nicht eingerechnet werden soll, in quo reipublicae causa absuerint, bei einer anderen Art der Restitution, als der eigentlichen restitutio maiorum aber von einer absentia und occupatio nicht wohl die Rede sein kann, — einer ausdehnenden Interpretation widerstreiten, so verdient gewiß die Ansicht, nach welcher Justinian's Verordnung blos auf die restitutio minorum und die restitutio wegen absentia zu beziehen ist, den Vorzug[156]). Nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht soll die Restitution binnen der gesetzlichen Frist nur verjähren, wenn sie in Form einer actio, nicht aber, wo sie in der einer exceptio geltend gemacht wird[157]). Es ist hier nicht der Ort, die Frage, ob durch die Verjährung blos die Klage, oder auch das Recht vernichtet werde, einer genaueren Prüfung zu unterwerfen[158]); es mag genügen, auf die neueste Ausführung von Pfeiffer[159]) zu verweisen, wornach die Verjährbarkeit der Einrede, und namentlich auch der Einrede der Restitution, welche ihrem Inhalte nach auch in Form einer Klage geltend gemacht werden könnte, über jeden gegründeten Zweifel erhoben ist; nicht zu gedenken, daß dieses Resultat überdies in L. 9. §. 4. D. de iurei. (12. 2.) eine ausdrückliche positive Bestätigung erhalten hat[160]). — Während in den alten annus utilis nur diejenige Zeit eingerechnet wurde, wo der Erbittung und Auswirkung der Restitution kein factisches oder rechtliches Hinderniß entgegen stand, namentlich nur die Zeit, von welcher an man die erlittene Verletzung kannte (quo experiundi potestas fuit)[161]), hebt im neueren Rechte die Frist der

155) D. (4. 6.) C. (II. 54.)

156) Vgl. Löhr, im Arch. f. civil. Pr. Bd. X, S. 86 flg. Vermehren ebd. S. 399, N. 5. Zimmern, röm. Civilpr. §. 107.

157) Ant. Faber, Rational. ad Pand. ad l. 9. §. 4. D. de iureiur. Wening-Ingenheim, Civilrecht Bd. VI, §. 10. Mühlenbruch, Pandekt. §. 160. Schweppe, röm. Privatr. (Ausg. v. Mejer) Bd. V, S. 513.

158) Vgl. auch Savigny, System des heut. römischen Rechtes Bd. V, S. 366 flg.

159) Prakt. Ausführ. Bd. VII, Abth. I, Abhandl. IX, S. 313 flg.

160) — sed plerumque ipsum praetorem debet cognoscere, an (minor XXV annis) captus sit, et sic in integrum restituere: nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista, sive cognitio, statutum tempus post anuum XXV non debet egredi. — Auch Roßhirt in den Noten zur zwölften Ausgabe des Lehrbuches v. Makeldey erklärt: daß nach der Natur und dem Zwecke dieses Institutes der Billigkeit (der Restitution), doch die exceptio gegen die Restitution an die singuläre Zeit gebunden sei, weil das Institut selbst nur gegeben sei, wenn es innerhalb der gehörigen Zeit ausgeübt werde. Vgl. besonders auch Burchardi S. 426 flg., S. 509 flg.

161) L. 1. §. 1. D. ex qu. c. mai. L. 1. pr. D. qu. in fraud. cred. (42. 8.)

restitutio minorum erst von der erreichten Volljährigkeit[162]) an, diejenige der restitutio wegen äußerer Hindernisse in der Vornahme von Handlungen (propter absentiam) mit deren Wegfall[163]), und die Frist, in welcher die in integrum restitutio wegen der übrigen Gründe zu suchen ist, wird continue berechnet, ohne daß auf etwaige Unkenntniß von der geschehenen Verletzung hierbei Rücksicht genommen wird[164]). Die Praxis hat zwar, wenn auch mit Widerspruch von Seiten der Theorie, sich immer dahin geneigt, daß jene Restitutionsfrist erst vom Eintritte der Kenntniß der Läsion, dann aber continue, gerechnet werde, mithin ein sog. tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus sei[165]), allein ohne haltbaren Grund[166]), und nur soviel kann man einräumen, daß durch das kanonische Recht — welches übrigens von der Annahme, daß die Restitutionsfrist auch ratione initii continuo zu berechnen sei, als Grundsatz ausgeht — rücksichtlich der Kirchen und milden Stiftungen eine Ausnahme hiervon insofern statuirt sei, als deren Gesuch um Restitution, falls es nur aus entscheidbaren Gründen, z. B. infolge des Dolus des Gegners, unterlassen worden, auch nach Ablauf von vier Jahren angenommen werden soll[167]). Ebenso wie der Verletzte selbst, so haben auch seine Erben die bezeichnete Restitutionsfrist. Hatte dieselbe schon bei Lebzeiten des Erblassers begonnen, so läuft den Erben nur noch der Rest, und zwar bei minderjährigen Erben von der Volljährigkeit, bei volljährigen vom Erbschaftsantritte an[168]). Im Falle ein Minderjähriger einen anderen Minderjährigen

---

Cap. 4. C. de his quae vi (II. 20.) Vgl. mit L. 6. D. de procurat. (3. 3.) L. 1. D. de divers. temp. praescr. (44. 3.)

162) Cap. 5. pr. 7. pr. C. (II. 53.) — Ist die Volljährigkeit eine künstliche infolge der venia aetatis, so beginnt die Verjährung mit der Insinuation des Rescriptes an den minor; hat letzterer aber nach Ablauf des quadriennium die natürliche Volljährigkeit noch nicht erlangt, so wird ihm doch bis zu deren Eintritt Restitution ertheilt; cap. 5. C. cit. Eine besondere Vorschrift in nov. 100. cap. 2. authent. si minor. C. eod. wornach minderjährigen Ehemännern wegen Nichtvorschützung der exc. non numeratae dotis nie eine längere Frist als 12 Jahre nach Auflösung der Ehe zustehen soll, selbst wenn diese in ein so frühes Alter des Ehemannes fiele, daß er mit Einrechnung der 4jährigen Frist zur Volljährigkeit außerdem noch Restitution erlangen würde. Vgl. auch Buchholz, jur. Abh. Nr. 10.

163) L. 1. §. 1. D. ex qu. c. mai. Cap. 7. §. 1. C. Bei mehrmaliger Abwesenheit wird vom novissimus reditus an die Frist berechnet: L. 28. §. 3. D. eod.

164) Cap. 8. C. de dol. mal. (II. 21.) Cap. ult. c. fin. C. de praescr. l. temp. (VII. 33.) Burchardi S. 516 flg. Vangerow a. a. O. Bd. I, S. 236. Savigny, System S. 415 vgl. mit S. 407. Göschen, Vorles. über das gem. Civilr. Th. I, §. 181, S. 543.

165) S. Glück, Comment. Bd. V, S. 443.

166) Unterholzner a. a. O. §. 153. Vermehren, im Archiv für civil. Prax. X, Nr. 18. Burchardi a. a. O. und die übrigen das. in N. 50 Citirten.

167) Cap. 1. 2. X. de rest. in integr. (I. 21.) Cl. de rest. (I. 11.)

168) L. 19. D. de min. Cap. 5. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.)

beerbt, läuft ihm stets die ganze Restitutionsfrist von der Volljährigkeit an[169]), beerbt ein Volljähriger einen Minderjährigen, so hebt die volle Frist vom Erbschaftsantritte an[170]). Der Cessionar hat dieselbe Zeit zur Erbittung der Restitution, wie der Cedent. Ist der Cedent noch minderjährig, so fängt die Frist erst von dessen Volljährigkeit zu laufen an[171]). Innerhalb des in den Gesetzen vorgeschriebenen quadriennium soll die Restitution nicht allein erbeten, sondern das auf das Gesuch einzuleitende Verfahren auch beendigt werden[172]), wie dies auch schon hinsichtlich des früheren annus utilis ausgesprochen war[173]). Da diese Vorschrift eine bloße Folge der römischen Proceßverjährung ist, die letztere aber in unseren Gerichten nie Anwendung erhalten hat, so genügt es, daß innerhalb der gesetzlichen Frist die Restitution nur nachgesucht werde[174]).

V. Wirkungen der Restitution[175]). Für den Restituirten bestehen diese Wirkungen im allgemeinen darin, daß er in jeder Weise in die frühere Lage zurückversetzt wird; er muß also namentlich die verlorenen Rechte zurückerhalten, von etwaigen entstandenen Verbindlichkeiten aber befreit werden[176]). Ist eine Wiederherstellung des vorigen Zustandes im einzelnen Falle nicht mehr ausführbar, indem z. B. eine Sache, welche infolge der Restitution zurückgegeben werden soll, ganz oder zum Theil vernichtet ist u. s. w., so ist entweder die Restitution nicht vollständig zu ertheilen oder auf die Leistung eines Aequivalents zu erkennen. In welchen Fällen aber das eine oder andere eintrete, darüber läßt sich ein allgemeines Princip nicht aufstellen, vielmehr ist bei der Beantwortung dieser Frage im allgemeinen nur auf den Zweck der Restitution, wornach der eine nicht einen widerrechtlichen Schaden, und der Andere hieraus Nutzen ziehen soll, sowie auf die allgemeinen Voraussetzungen und deren Vorhandensein im einzelnen Falle zu sehen[177]). — Auch rücksichtlich der etwaigen Accessionen der Hauptsache muß der Restituirte in den vorigen Zustand gesetzt, also z. B. sammt der restituirten Hauptforderung auch die für sie bestellt gewesenen Bürgschaften, Pfandrechte, Zinsobligationen, wiederhergestellt werden; und

---

169) Cap. 5. §. 1. C. eod.
170) Cap. 5. §. 3. C. eod.
171) S. Burchardi S. 525 flg.
172) Vangerow Bd. I, S. 236 flg. unter 3.
173) L. 39. pr. D. de min. L. 5. pr. 6. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.)
174) Glück, Comment. Bd. V, S. 445. Vangerow a. a. O. Burchardi S. 507.
175) Burchardi S. 552 flg.
176) L. 9. §. 7. D. (4. 2.) L. 24. §. 4. D. de min. L. 87. §. 1. D. de acqu. v. om. her. (29. 2.) L. 1. §. 2. D. de collat. (37. 6.) L. 17. D. de op. nov. nunc. (39. 1.)
177) de Retes, Miscellan. lib. I. c. 19. in Meermann, Thesaur. T. VI. p. 50. Mühlenbruch, in der Forts. von Glück's Comment. Bd. XLIII, S. 112 flg.

wenn das restituirende Decret diese Accessionen stillschweigend überging, so leben dieselben von selbst wieder auf[178]). Wer ferner gegen die Erbschaftsantretung restituirt wird, erhält zugleich die durch Confusion erloschenen Rechte[179]), der gegen die Erbschaftsausschlagung restituirte Descendent seine Ansprüche auf Collation gegen seine Miterben wieder[180]). Ebenso sind mit der Hauptsache auch die Früchte und Zinsen, auf welche aber ausdrücklich erkannt werden muß[181]), sowie Ersatz für Beschädigung der zurückzugebenden Sachen zu restituiren[182]); wobei in Ermangelung näherer Bestimmungen über die Frage, ob blos fructus percepti oder auch percipiendi zu restituiren u. s. w., die für die Vindication geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen[183]). Will der Implorant, ohne daß er schon etwas wirklich verloren hätte, blos gegen einen sonstigen Rechtsnachtheil restituirt werden, z. B. gegen die bloße Eingehung eines Vertrages, gegen ein Versäumniß im Processe u. dergl., so ist natürlich von einem weiteren Schadenersatze keine Rede. — Dagegen muß aber auch der Restituirte alles herausgeben, was er infolge des nunmehr aufgehobenen Rechtsverhältnisses bekommen oder behalten hat oder ohne seinen Dolus haben würde, indem er aus der Restitution keinen Gewinn ziehen darf[184]). Minderjährige sind aber hinsichtlich dieser Rückleistungen begünstigt, indem sie, sofern sie sich nicht eines Dolus schuldig gemacht haben, nur ihre Bereicherung herauszugeben haben[185]). Ist gegen den dritten Besitzer einer Sache restituirt worden (in rem), so muß der Restituirte auch hier herausgeben, was er für die Sache bekommen hat[186]). Bei der Restitution gegen Fristversäumniß darf immer nur so viel an Zeit restituirt werden, als durch das vorhandene Hinderniß verloren wurde[187]). — **Hinsichtlich des Gegners** ist es Grundsatz, daß, wenn der Verletzte

---

178) L. 27. §. 2. D. de min. L. 10. D. de dol. (4. 2.)

179) L. 87. §. 1. D. de acqu. (29. 2.) L. 17. D. de his quae ut indignis (34. 9.)

180) L. 1. §. 2. D. de collat. (37. 6.)

181) L. 67. §. 4. D. de condict. indeb. (12. 6.)

182) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 40. §. 1. D. de min. L. 28. §. 6. D. ex. qu. caus. mai. L. 38. §. 4. 6. D. de usur. (22. 1.) L. 10. §. 20. D. quae in fraud. cred. (42. 8.) L. 22. 35. 75. 81. D. de V. S. (50. 16.)

183) L. 12. pr. D. (4. 2.) L. 27. §. 1. L. 40. D. de min. L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. ex qu. caus. mai. L. 10. §. 20. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

184) L. 7. §. 5. L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 40. §. 1. L. 47. §. 1. D. de min. Cap. 3. 4. C. de his quae vi (II. 20.) **Burchardi** S. 559 flg. Ueber den Ersatz der aufgewendeten Kosten L. 39. §. 1. D. de min. L. 37. §. 5. D. de adm. tut. L. 10. §. 20. D. quae in fraud. Cap. 1. X. de in integr. rest. Impensae voluptuariae können nach den bei der Vindication eintretenden Grundsätzen hinweggenommen werden. **Burchardi** S. 562.

185) L. 7. §. 5. i. f. L. 22. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 31. D. de min. L. 32. §. 4. D. de adm. tut. (26. 7.) Cap. 1. 2. C. si adv. credit. (II. 38.)

186) Cap. 3. C. de his quae vi (II. 20.) Cap. 6. C. de rest. mil. (II. 51.) Cap. 2. C. de uxor. mil. (II. 52.) **Burchardi** S. 560 flg.

187) L. 26. §. 7. 8. D. ex qu. caus. mai. (4. 6.)

sich einmal der Restitution bedient, sie jenem auch dahin zu Gute kommt, daß er ganz in seinen früheren Zustand zurück versetzt werden muß[188]), daß er daher Rückgewähr alles desjenigen verlangen darf, was er vermöge des wieder aufgehobenen Zustandes bereits hingegeben, aufgegeben oder sonst eingebüßt hat[189]); ihm steht daher Anspruch auf Ersatz etwaiger Beschädigung der hingegebenen Sache durch den Restituirten, sowie Schadloshaltung wegen der aufgewendeten nothwendigen und nützlichen Verwendungen nach den Grundsätzen der Vindication, zu[190]). Auch gegen Dritte muß er in den vorigen Zustand gesetzt werden, so daß ihm z. B., wenn ein Expromittent gegen die Expromission sich restituiren läßt, die dem Gläubiger durch die Expromission verlorene Forderung wiederhergestellt werden muß[191]). Diese Grundsätze leiden aber in folgenden Fällen Ausnahmen: a) wenn Jemand durch den Dolus des Gläubigers zu einer Intercession ist verleitet worden, wo zur Strafe des Gläubigers auch nach der Restitution gegen die Intercession, die Fortdauer der letzteren fingirt werden soll, und zwar nicht blos zu Gunsten von Mitbürgen, sondern bei der sog. privativen Intercession sogar zu Gunsten des Hauptschuldners[192]); b) sind schon einige Gläubiger aus der Erbschaftsmasse befriedigt, so erhalten die übrigen, falls der Erbe sich gegen die Antretung der überschuldeten Erbschaft restituiren läßt, nicht ihren Anspruch auf gleiche Befriedigung wieder, sondern jenen bleibt ungekürzt, was sie einmal erhalten haben; und da die Miterben auch nicht genöthigt sind, die vacant gewordene Erbportion des Restituirten anzunehmen[193]), so erlangen die Gläubiger nicht das Recht, von den übrigen Miterben derartige Befriedigung zu fordern, welche ihnen zu Theil geworden wäre, wenn der Restituirte entweder gar nicht angetreten hätte, oder das Anwachsungsrecht eingetreten wäre. c) Wenn Jemand durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt für sich oder im Namen seiner Ehefrau oder eines Freundes einen Kauf erzwungen hat, so soll er bei der Restitution nichts wieder erhalten[194]). Uebrigens darf der Gegner als solcher den Restitutionsgrund des Verletzten nicht seinerseits

---

188) L. 4. D. de min. c. un. pr. C. de reputat. (II. 48.)

189) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 47. §. 1. L. 50. D. de min. L. 48. §. 1. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) Cap. 2. C. de in integr. rest. minor. (II. 22.) Cap. 2. C. si ut omiss. hered. (II. 40.) Cap. un. C. de reputation. (II. 48.)

190) L. 39. §. 1. D. de minor. L. 32. §. 5. D. de adm. et. peric. tut. (26. 7.)

191) L. 39. pr. D. de eviction. (21. 2.) C. un. §. 1. C. de reputat. quae etc. (II. 48.) Haben an dem durch die Restitution wieder aufzuhebenden Rechtsverhältnisse Mehrere Antheil, so kann er verlangen, daß es nur ganz wieder aufgehoben werde, mag das Interesse ein theilbares oder untheilbares sein. L. 47. §. 1. D. de min. arg. L. 31. §. 10. D. de aedil. ed. Ribbentropp, Correaloblig. S. 163.

192) L. 48. §. 1. D. de fideiuss. (46. 1.)

193) L. 55. 61. D. de acq. her. (29. 2.)

194) Cap. 11. C. de his quae vi (II. 20.)

selbstständig benutzen, und die Restitution für sich auch dann nachsuchen, wenn der Verletzte darauf verzichten sollte[195]. Selbst dann, wenn der Letztere die erlangte Restitution nicht weiter sich zu Nutze machen will, darf der Gegner dieselbe nicht für sich prosequiren[196]. — Ob mit dem richterlichen Ausspruche über die Gewährung der Restitution der vorige Zustand selbst wiederhergestellt erscheint, oder ob es hierzu erst noch der Verwirklichung durch eine äußere Thatsache bedarf, hängt ebenso wie bei anderen gerichtlichen Erkenntnissen von den Umständen im einzelnen Falle ab[197]. — Auf dritte Personen, außer den Parteien, erstreckt sich die Restitution nach den hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen von der Wirkung der res iudicata regelmäßig nicht[198]. Demzufolge werden, wenn der Erbe gegen die Erbschaftsantretung sich nur dem Einen Gläubiger gegenüber hat restituiren lassen, die übrigen Erbschaftsgläubiger nicht gehindert, ihre Forderungen gegen ihn geltend zu machen[199]; die auf giltige Weise mit der Erbschaft vorgenommenen Aenderungen werden durch die Restitution gegen die Ausschlagung der Erbschaft nicht ungiltig[200]; ist Jemand durch eine wider ihn ertheilte Restitution außer Stand gesetzt, seine Verbindlichkeiten gegen Andere in natura zu erfüllen, z. B. weil er die Sache, welche er einem Anderen verkauft hat, dem Restituirten zurückgeben muß, so muß er jene anderweit entschädigen[201], und ebensowenig ist derjenige, welcher die Sache, die er infolge der Restitution an seinen Gegner zurückzugewähren schuldig ist, veräußert hat, befugt, dieselbe dem jetzigen Besitzer abzufordern, sondern muß sich durch anderweite Entschädigungsleistung mit dem Gegner bei der Restitution abfinden[202]. Soll eine Wirkung der Restitution auch für oder gegen Dritte herbeigeführt werden, so müssen dieselben, sofern das Verhältniß hierzu sich eignet, zu dem Restitutionsprocesse mit zugezogen, und die Restitution auf sie erstreckt werden[203]. Ausnahmen. A. Nachtheilig wirkt die Restitution gegen Dritte a) wo ausnahmsweise res iudicata auch von Dritten anerkannt werden muß[204]; b) bei der Wiederherstellung eines Haupt-

195) L. 42. D. de min.

196) L. 20. §. 1. L. 21. 30. 41. D. de min. L. 2. §. 10. D. ad Sct. Tertull. (38. 17.) Burchardi S. 562 flg.

197) L. 21. §. 5. D. qu. met. c. L. 24. §. 4. D. de min. L. 7. §. 11. D. eod. Vgl. Burchardi S. 563 flg.

198) Burchardi §. 30, S. 566 flg.

199) L. 29. §. 2. D. de min.

200) L. 22. i. f. D. de min.

201) L. 78. §. 1. D. de leg. II. (31.)

202) L. 62. D. de iur. dot. (23. 3.) Vgl. auch L. 23. 46. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de min. Cap. un. C. si in comm. eod. c. (II. 26.) L. 14. §. 6. 8. D. (4. 2.) L. 48. pr. D. de min. L. 19. D. de duob. reis constituend. (45. 2.) L. 28. §. 1. D. de fideiussor. (46. 1.) Cap. 2. C. si un. ex plur. (VII. 68.)

203) L. 29. §. 2. D. de min.

204) L. 63. D. de re iud. (42. 1.) L. 11. §. 7. 10. L. 28. D. de exc.

rechtes leben ipso iure auch die accessorischen Rechte, als Bürgschaften, Pfandrechte, wieder auf und können gegen den Bürgen u. s. w., auch ohne daß dieser über die Restitution gehört worden wäre, geltend gemacht werden[205]; und ebenso lebt bei der Restitution gegen eine privative Restitution ipso iure die obligatio des bis daher befreiten Hauptschuldners wieder auf[206]. c) Wenn das Recht des Restituirten mit dem Rechte des Dritten so unzertrennlich zusammenhängt, daß ihm nicht geholfen werden kann, wenn nicht zugleich die Restitution sich auch auf letzteres bezieht, z. B. bei der Restitution des Einen Miteigenthümers gegen die von allen gemeinschaftlich vorgenommene Constituirung einer Realservitut, welche wegen ihrer Untheilbarkeit nicht theilweise aufgehoben werden kann[207]; d) siehe oben unter III. 2. n. 1., bei der restitutio in rem haftet der Auctor des Beklagten für den aus ihr dem letzteren erwachsenden Schaden in gleicher Weise, wie in einem Evictionsfalle[208]. B. Vortheilhaft wirkt die Restitution auf Dritte a) in den vorhin unter A. a) c) erwähnten Fällen, b) die Restitution des Hauptschuldners kommt auch den Intercedenten zu Statten[209], wenn dieselben nicht gerade für den Fall der Wiedereinsetzung des Schuldners zu haften sich verpflichtet hatten[210]. c) Gleiches gilt hinsichtlich derjenigen, welche wegen einer Schuld eines Anderen mit der actio de

---

rei iud. (44. 2.) L. 1. §. 16. L. 2. 3. D. de agnosc. vel al. (25. 3.) L. 3. D. de collus. deteg. (40. 16.)

205) L. 27. §. 2. L. 50. D. de min.

206) L. 27. §. 2. L. 50. cit. Cap. un. C. de reputat. (II. 48.)

207) L. 29. §. 1. D. de min. L. 14. 17. D. de serv. (8. 1.) L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. (8. 6.) Cap. 1. C. si un. ex plur. her. (VII. 68.) Merendae controv. iur. lib. XXII. cap. 32.

208) L. 15. D. de min. L. 39. pr. D. de evict. (22. 2.) Die von Burchardi S. 584 unter Nr. IV aufgeführte Ausnahme ist ungegründet; s. Mühlenbruch, in der Forts. des Glück'schen Commentars Bd. 43, S. 141, N. 53. Ebenso irrig ist die von Einigen, z. B. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. VI, §. 13, aufgestellte Ansicht, daß die von dem Erwerber einer Sache an dieser ertheilten dinglichen Rechte durch die wider ihn erlangte Restitution vernichtet würden. Denn der Satz: resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis kann hier keine Anwendung finden (s. Göschen, Vorles. über gem. Civilr. Bd. II, Abth. I, S. 13, §. 221. Sintenis, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. XX, S. 49 flg.) Der Restituirte kann daher nach den allgemeinen Grundsätzen nur Befreiung der Sache von jenen iura von dem Beklagten, und zwar lediglich mittelst persönlicher Klage, verlangen.

209) L. 7. pr. §. 1. D. de fidei. et mand. (46. 1.) L. 2. §. 2. D. de dol. m. et met. exc. (44. 4.) L. 14. §. 6. 8. D. qu. met. c. Cap. 2. C. de fidei. min. (II. 24.)

210) Cap. 2. C. de fidei. min. Burchardi S. 571 flg. Vangerow a. a. O. S. 238 flg. Doch kann dies nur für den Fall der Restitution, wegen minor aetas und capit. diminutio, für zulässig erachtet werden, indem bei Zwang und Betrug das Geschäft als ein turpe erscheint, bei Irrthum und Abwesenheit, (restitutio maiorum) aber sich die Anwendbarkeit nicht wohl denken läßt.

peculio, quod iussu, exercitoria, institoria, de in rem verso belangt werden können[211]).

VI. Die Nichtigkeit der ertheilten Restitution tritt in allen denjenigen Fällen ein, in welchen überhaupt ein Urtheil als nichtig angefochten werden darf; und ebenso finden hier die nämlichen Rechtsmittel wie dort statt[212]). Was die Kosten für das Restitutionsverfahren[213]) anbelangt, so sind diese, da die Restitution lediglich den Vortheil des Restituirten bezweckt, von Letzteren zu tragen, ausgenommen die Fälle, in welchen der Gegner durch eine schuldhafte Handlung, wie durch vis, metus, dolus, die Verletzung zufügte und hierdurch die Restitution veranlaßte, wo dann der Letztere die verursachten Kosten zu tragen verbunden ist.

VII. Von den einzelnen Restitutionsgründen. — Zwang und Betrug. A. Vis et metus. — Betrug, dolus[214]). — Das römische Recht hielt seit der ältesten Zeit an dem wichtigen Grundsatze fest, daß in bonae fidei iudiciis es zum officium iudicis gehöre, auch den dolus zu berücksichtigen[215]); unter welcher Bezeichnung der Zwang, vis, metus, mit begriffen wurde[216]). Dieser Grundsatz war ebenso für den Kläger, wie für den Beklagten von großer Bedeutung. Denn während die actiones stricti iuris nur auf den unmittelbaren Gegenstand der Obligation oder dessen Werth[217]) gerichtet waren — wobei obendrein, um den letzteren festzustellen, das iuramentum in litem ausgeschlossen war[218]), zufällige Nebeninteressen des Klägers, z. B. Schadloshaltung wegen doloser Handlungsweise des Gegners, außer Acht gelassen wurden[219]); — so stand es dagegen dem Kläger bei den actiones bonae fidei frei, mit diesen Klagen auch Entschädigung wegen des dolus zu verlangen, dessen sich der Beklagte in dem fraglichen Rechtsverhältnisse gegen ihn schuldig gemacht hatte. Der iudex war

211) L. 32. D. de fidei. et mand. (46. 1.) In Betreff der restit. minorum s. VI. B.

212) L. 29. §. 2. D. de min. J. Reichsabschied §. 121, 122. Burchardi §. 31, S. 587 flg.

213) Burchardi S. 592 flg.

214) Vgl. Burchardi §. 18.

215) Cic. de nat. Deor. III. c. 39. de legg. I. 21. de offic. III. 15. 16. Fest. v. Reus. Gell. n. Att. XX. c, 1. L. 152. §. 3. D. de R. I. (50. 17.) Cap. 3. C. ex qu. c. mai. Cap. 2. C. de act. emt. (IV. 49.) Savigny, Syst. Bd. V, §. 218 u. Beil. XIII.

216) L. 14. §. 13. D. qu. met. c. L. 2. §. 8. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.)

217) L. 11. D. de r. iud. (42. 1.) L. 99. pr. D. de v. o. (45. 1.) L. 144. D. de V. S. (50. 16.)

218) L. 5. §. 4. L. 6. D. de in lit. iur. (12. 3.) Schröter, über das iusiur. in litem, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 382 flg.

219) L. 4. pr. L. 32. §. 2. L. 37. 38. pr. §. 15. D. de usur. (22. 1.) L. 1. 6. D. de eo quod c. l. (13. 4.) L. 7. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 7. §. 15. D. de pact. (2. 14.) L. 24. D. de praescr. v. (19. 5.) Cap. 10. 13. C. de pact. (II. 3.) Cap. 3. C. de us. (IV. 32.)

hier durch die formula ganz allgemein angewiesen, dem Kläger zuzuerkennen quantum aequius melius, oder quantum ex bona fide praestari oportet[220]). Auf der anderen Seite konnte aber auch der Beklagte in den bonae fidei iudicia bis zum Urtheile die exceptio doli vorschützen[221]); ein Recht, was um so bedeutsamer war und sein mußte, als ihm, dem Beklagten, hierdurch die Möglichkeit gegeben war, unter der Form der exceptio doli eine fast unbegrenzte Menge von Einreden dem geklagten Anspruche entgegenzusetzen. Denn wenn auch die exceptio doli zunächst darauf beruht, daß der Beklagte durch den vom Kläger verübten Zwang oder Betrug benachtheiligt ist[222]), so leidet sie doch auch da Anwendung, wo sonstige Umstände und Thatsachen vorliegen, aus denen die Klage, wenn auch äußerlich dem strengen Rechte gemäß, doch der aequitas widerstreitend erscheint[223]), der Kläger auch von den Umständen und Verhältnissen, welche seine Klage als innerlich widerrechtlich darstellen, Kenntniß hatte[224]). Bei negotia stricti iuris konnte der Kläger und der Verklagte sich nur durch die dem Geschäfte ausdrücklich beigefügte clausula doli, durch die Stipulation: dolum malum abfuturum esse[225]), vorsehen.

In diesen Zustand, nach welchem das Civilrecht nur bei bonae fidei negotia gegen Furcht, Zwang und Betrug Schutz gewährte, griffen die Prätoren nachhelfend ein, indem sie sich der Verletzten in solchen Fällen, in welchen diese bisher gegen die Strenge des Rechtes keine Hilfe gefunden hatten, z. B. wenn infolge von Betrug oder Zwang das Eigenthum aufgegeben, eine Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen,

---

220) Cic. pr. Rosc. Com. c. 4. de offic. l. l. topic. c. 17. Gai. IV. §. 52. 54. 57. Zimmern, röm. Civilpr. §. 63 a, S. 189 flg.

221) Exceptio doli nicht iudicia bonae fidei. L. 21. D. sol. matr. (24. 3.) L. 84. §. 5. D. de leg. I. (30.) L. 68. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 3. D. de resc. vend. (18. 5.) Ueber die Berücksichtigung der Einreden in dem Verfahren per legis actiones s. Burchardi S. 290 flg. Savigny a. a. O. S. 180 flg.

222) Gai. IV. §. 117. §. 1. 7. de exc. (IV. 13.) L. 7. §. 11. D. de pact. (2. 14.) L. 40. D. de dol. (4. 3.) L. 2. pr. L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.) Cap. 4. C. de her. vend. (IV. 39.)

223) Vgl. Hänel, im Archiv für civil. Prax. Bd. XII, S. 419 flg. L. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem proposuit. — L. 12. D. eod. S. auch Albrecht, von den Except. S. 26 flg.

224) L. 2. §. 5. D. de dol. m. exc. (44. 4.) L. 42. 177. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) Hänel a. a. O. Burchardi S. 292 flg. und den letzteren über Cic. de offic. III. cap. 14.

225) L. 1. §. 4. L. 7. §. 3. D. de dol. (4. 3.) L. 31. D. de recept. (4. 8.) L. 5. D. usus fr. quemadm. cav. (7. 9.) L. 22. 38. §. 13. L. 53. 119. 121. pr. §. 3. D. de V. O. (45. 1.) L. 19. D. iud. solv. (46. 7.) L. 19. D. rat. r. hab. (46. 8.) Kaemmerer, de clausula doli mali (Heidelb. 1818.) Ueber die bereits in den zwölf Tafeln enthaltene singuläre Vorschrift, durch welche den Pupillen ein Klagrecht gegen ihre arglistigen Vormünder verliehen worden war, wozu noch die weiter unten zu erwähnenden Vorschriften der lex plaetonia kamen, s. Cic. de off. c. 15.

ein liberatorischer Vertrag, oder eine stricti iuris obligatio, eingegangen war, mehrfach annahmen. Das älteste Edict, welches die Prätoren in diesem Sinne erließen, war dasjenige des Prätor Cassius über die exceptio doli[226]) aus der ersten Hälfte des sechsten Jahrhundertes[227]), nach welchem der Beklagte auch in negotiis stricti iuris sich auf Zwang, Furcht und Betrug berufen durfte, nur mit dem Unterschiede, daß die hierauf gerichtete Einrede hier stets dem Magistrate vorgelegt und von diesem in die Formel besonders aufgenommen werden mußte, während in bonae fidei negotiis die Berücksichtigung jener Verhältnisse nach wie vor schon officio iudicis geschehe[228]). Später, in der letzteren Hälfte des sechsten Jahrhundertes, jedoch jedenfalls nicht vor dem J. 674[229]), erließ der Prätor Octavius ein Edict, durch welches die actio quod metus causa[230]), nach ihrem Urheber wohl auch actio oder formula octaviana genannt, eingeführt wurde. Zwar bietet der geringe Ueberrest dieses Edictes: quod metus causa gestum erit, keinen deutlichen Aufschluß über die Art und Weise, sowie den Umfang des von Octavius gegen den Zwang und die Furcht versprochenen Schutzes. Allein jedenfalls ist das Edict in seiner dermaligen Gestalt verstümmelt[231]), und höchst wahrscheinlich enthielt dasselbe auch zugleich die formula für die actio quod metus causa[232]). Dieselbe ist gegen den, welcher durch Furcht oder Zwang etwas erpreßte, auf Zurückgabe der abgepreßten Sache oder Leistung eines Aequivalents, auf ein restituere, welches der Judex anbefieht[233]), als in rem scripta gegen jeden späteren Besitzer der abgezwungenen Sache auf Rückgabe gerichtet, in factum concipirt und arbitraria actio in quadruplum, gegen die Erben nur zum Belauf der Bereicherung[234]). Nach Analogie dieser Klage wurde von den Prätoren nachher auch eine besondere exceptio metus

---

226) Neuerlich hat zwar Schneider über die subsidiären Klagen, S. 315, welchem auch Vangerow a. a. O. S. 243 beigetreten ist, behauptet, daß die doli exceptio aus einem Edicte des Prätors Aquilius Gallus herrühre, allein die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist von Rudorff, die Octavianische Formel, in der Zeitschr. für geschichtl. RW. Bd. XII, S. 166 flg., vollständig nachgewiesen worden. — L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.) Glück, opusc. iur. fasc. II. p. 494.

227) Burchardi S. 300 flg.

228) §. 30. I. de actt. (IV. 6.) L. 2. §. 4. 19. L. 7. D. de doli exc. (44. 4.) L. 36. D. de V. O. (45. 1.) Cap. 3. C. de don. ante nupt. (V. 3.) Cap. 5. C. de inut. stip. (VIII. 39.) Burchardi S. 299.

229) Rudorf a. a. O. S. 150.

230) Burchardi S. 303 flg. Ueber den Versuch Schneider's a. a. O. und Vangerow's, dem Prätor Cassius die Urheberschaft der a. q. m. causa zu vindiciren s. Rudorff a. a. O. S. 166 flg.

231) Cic. in Verr. III. 65. cf. mit I. 50. epist. I. 7. L. 1. D. q. met. c. (4. 2.) Zimmern, röm. Civilpr. S. 318.

232) Cic. in Verr. II. 3. Burchardi S. 304 flg.

233) L. 14. §. 5. 11. D. quod m. caus. (4. 2.)

234) §. 31. I. de act. (IV. 6.) L. 9. §. 8. L. 12. §. 2. L. 14. §. 3. 5. D. q. m. c. Schröter a. a. O. S. 121.

causa gegen die Klagen aus erzwungenen Rechtsgeschäften eingeführt. Diese geht ebenfalls in rem, nämlich nicht blos gegen denjenigen, welcher durch Zwang oder Furcht Jemanden zu einem Handeln oder Unterlassen genöthigt hat, sondern gegen Jeden, welcher aus dem erzwungenen Geschäfte Vortheile für sich ableitet. Hierdurch unterscheidet sie sich nämlich von der oben erwähnten exceptio doli, welche lediglich in personam wirkt[235].

Um dieselbe Zeit, in welcher die vorhin genannte actio quod metus causa eingeführt wurde, und zwar höchst wahrscheinlich im Jahre 688, erließ der Prätor Aquilius Gallus ein Edict, in welchem er eine eigene actio doli aufstellte[236], eine Schadenklage gegen den Betrüger, jedoch nur in personam[237], arbitraria, auf ein restituere, gegen die Erben des Betrügers blos bis zum Belaufe der Bereicherung gerichtet, mithin eine bloße prätorische Schadenklage[238].

Aus dem Bisherigen geht nun 1) hervor, daß durch das prätorische Edict eine in integrum restitutio wegen Furcht und Zwang nicht eingeführt worden, indem früher bereits gezeigt worden ist, daß als solche die actio oder exceptio quod metus causa, von welcher jene in ihrem innersten Wesen verschieden ist, nicht betrachtet werden darf. Erst nachdem die auf den Schutz gegen vis und metus berechneten Rechtsmittel durch das prätorische Edict bereits gewährt worden waren, wurde, und zwar allem Anscheine nach zuerst durch ein Rescript von Alexander Severus[239], die in integrum restitutio wegen vis et metus[240] eingeführt, welche darin bestand, daß der Prätor den vorhandenen durch Zwang oder Furcht herbeigeführten Rechtszustand durch ein Decret rescindirte und das verlorene Recht wieder herstellte[241]. Zu dessen Geltendmachung gewährte er zugleich die aus ihm entspringende actio restitutoria oder rescissoria, welche nach der Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bald in rem, bald nur in personam ging — oder, nach dem Bedürfnisse des Restituirten, eine auf das restituirte Recht sich gründende exceptio rescissoria[242]. Es ist bereits

---

235) L. 9. §. 3. D. q. met. c. L. 4. §. 3. D. de doli m. exc. (44. 4.)

236) Cic. de nat. Deor. III. c. 30. de offic. III. cap. 14. L. 1. §. 1. D. de dol. mal. (4. 3.) Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non est, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo. Burchardi S. 307 flg.

237) L. 2. §. 1. D. eod. L. 15. §. 3. D. eod.

238) L. 18. pr. §. 1. 4. L. 26. 27. D. eod. Schröter a. a. O. S. 124.

239) L. 9. §. 3. 4. D. q. met. c. Schröter a. a. O. S. 119.

240) Ueber die Beschaffenheit der vis und der metus vgl. L. 2—8. 12. §. 1. L. 21. pr. D. q. met. c. L. 3. D. ex qu. c. mai. (4. 6.) L. 13. §. 4. D. ad SCt. Treb. (36. 1.) Cap. 13. C. de transact. (II. 4.) L. 6. 8. 9. 10. C. de his quae vi (II. 20.) Cap. 1. C. de his qui per met. iud. (VII. 67.) C. 4. 6. X. q. m. c. (I. 40.) Zwischen Furcht und Zwang (metus und vis) besteht kein Unterschied. L. 1. 3. D. q. m. c.

241) L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 5. 6. D. q. met. c. Burchardi S. 359. Schröter a. a. O. S. 117 flg. Vangerow a. a. O. S. 246 flg.

242) L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 6. D. cit.

oben erwähnt worden, daß in der späteren Kaiserzeit — und in diese fällt ja überhaupt die ganze Entstehung der in integrum restitutio propter vim et metum — an die Stelle der actio rescissoria häufig eine bloße extraordinaria cognitio trat, welche im Justinianeischen Rechte die Regel war. Der Nutzen, welchen die Restitution vor den übrigen Rechtsmitteln wegen Furcht und Zwang bietet, besteht hauptsächlich in der hier nach römischem Rechte eintretenden extraordinaria cognitio, während die civilen Contractsklagen und sonstigen auf Entschädigung des Gezwungenen gerichteten Rechtsmittel nur im ordo iudiciorum verhandelt werden konnten; ferner darin, daß die Contractsklage blos in personam, die Restitution aber in rem, d. h. nicht allein gegen denjenigen wirkt, welcher den Zwang verübte, sondern auch gegen Jeden, welcher aus dem durch Zwang herbeigeführten Zustande Rechte ableitet [243]). Ebenso zeigt sich die Zweckmäßigkeit der Restitution, daß sie das verlorene Recht, z. B. das verlorene Eigenthum, unmittelbar wiedergiebt und daher in concreto zur sofortigen Erhebung der rei vindicatio berechtigt, desgleichen, daß sie auf dem schnellsten Wege von übernommenen Verbindlichkeiten befreit, während die Contractsklage und die actio quod metus causa nicht allein mit größeren Weitläufigkeiten verbunden, sondern in manchen Fällen, wie z. B. bei erzwungener Antretung einer überschuldeten Erbschaft, der That nach sogar ein irgend erhebliches Resultat herbeizuführen gar nicht geeignet sind; der Gezwungene daher hier ohne Hilfe verbleiben würde [244]); ein Grund, welcher nicht allein den geschichtlichen Gang, den die Ausbildung des rechtlichen Schutzes gegen Furcht und Zwang genommen, sondern auch die weitere Ausdehnung, welche der Restitution wegen Furcht und Zwang auf alle Rechtsgeschäfte, sogar auf die bonae fidei negotia [245]), durch die Doctrin zu Theil geworden, hinreichend erklärt. — Dieser Nutzen der Restitution vor den übrigen Rechtsmitteln gegen Furcht und Zwang ist heutzutage im wesentlichen der nämliche geblieben wie im römischen Rechte, nur daß dieselbe durch den Untergang der Stipulationen, als einer Hauptform der stricti iuris negotia, in einer Beziehung in ihrer Anwendung beschränkt worden ist. Die namentlich von den älteren Juristen [246]) vertheidigte Ansicht, daß jetzt alle erzwungenen Geschäfte oder wenigstens die bonae fidei negotia, ipso iure null und nichtig seien, und hierdurch die eben behandelte Restitution unpraktisch geworden sei, ist ohne haltbare Gründe und deshalb in neuerer Zeit allgemein aufgegeben [247]).

243) L. 9. §. 8. L. 10. D. qu. m. c. L. 4. §. 33. D. de dol. m. et met. exc. (44. 4.) Cap. 3. C. de his quae vi (II. 20.)

244) Burchardi S. 362 flg.

245) Burchardi §. 19.

246) S. z. B. Noodt, de forma emendandi doli mali c. 16. Gundling, lib. sing. de efficentia metus, in exercitat. acad. T. II. n. 2. cap. 3. §. 4—13. Glück, Comment. Th. IV, S. 177 und die N. 60 das. Zeile 11 flg. Citirten; auch Thibaut, System (7. Ausg.) §. 152.

247) Vgl. die bei Glück a. a. O. in N. 60 z. A. angeführten Rechtslehrer,

2) Gleichwie gegen Furcht und Zwang, so hatte auch gegen den Betrug, dolus, das prätorische Edict nur die doli mali actio und exceptio eingeführt, keineswegs aber eine in integrum restitutio[248]). Dieselbe verdankt vielmehr ihre Entstehung erst den Kaisern, welche sie anfangs aber nur in einigen speciellen Fällen gewährten, und zwar a) nach einem Rescripte Hadrian's[249]), wenn eine res iudicata durch bestochene Zeugenaussagen hervorgebracht war, b) nach einem Gesetze aus derselben Zeit[250]), wenn Jemand durch eine dolos ertheilte falsche Antwort seines Gegners auf eine ihm vorgelegte interrogotio in iure um eine Klage gegen einen Dritten gekommen ist und c) nach einem Rescripte von Antonius Pius[251]), wenn Jemand durch den Dolus eines Anderen verhindert wurde, einer gerichtlichen Ladung Folge zu leisten und dadurch in Nachtheil gerathen ist, zu dem d) noch der nach Analogie des prätorischen Edictes über die actio Paulliana eingeführte Fall einer in integrum restitutio zum Schutze der Gläubiger gegen betrügliche Veräußerungen ihrer Schuldner trat[252]). Außer

---

ferner: Wening=Ingenheim Bd. III, §. 75 (227). Mühlenbruch, Pand. §. 336. Göschen, Vorl. über gem. Civilr. Bd. I, §. 84. Burchardi S. 351 flg.

248) In L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 1. §. 6. L. 7. pr. L. 38. D. de dol. mal. (4. 2.) wird der actio (und exceptio) doli ausdrücklich die in integr. rest. entgegengesetzt, und dadurch nicht allein die wesentliche innere Verschiedenheit dieser Rechtsmittel, sondern das Vorhandensein der in integr. rest. selbst anerkannt. Wenn übrigens früher z. B. Mühlenbruch, doctr. pand. Ed. III. T. I. §. 148. n. 4. §. 164 behauptete, daß obige Stellen nur ausdrücken wollten, es cessire die doli actio, wenn noch eine andere in integr. rest. möglich sei, und wenn demnach die doli actio selbst als eine in integr. rest. aufgefaßt wurde; so ist diese Auslegung jedenfalls irrig, indem die fraglichen Gesetze offenbar nur sagen: daß die doli actio nicht gewährt werde, so lange die in integr. rest. zulässig sei. Vgl. Schröter a. a. O. S. 126. Vangerow a. a. O. S. 246 und überhaupt Burchardi §. 20, S. 376 flg.

249) L. 33. de re iud. (42. 1.)

250) L. 18. D. de interrogat. in iur. (11. 1.) aus Iulianus lib. IV. ad Urscium Ferocem.

251) L. 7. §. 1. D. de in integrum (4. 1.) cf. mit pr. eod.

252) §. 6. I. de act. (IV. 6.) wornach dann, wenn der Schuldner das Eigenthum einer ihm gehörigen körperlichen Sache in fraudem creditorum durch Tradition veräußert hat, diese Veräußerung nach eröffnetem Concurs durch ein Decret rescindirt und den benachtheiligten Gläubigern das Eigenthum der Sache rescissa traditione, durch Gewährung einer utilis in rem actio restituirt werden soll. Der Unterschied dieser in integrum restitutio von der actio Paulliana ergiebt sich hiernach leicht. Während nämlich die letztere nach erlangter missio in possessionem (der römischen Concurseröffnung) die Gläubiger gegen alle zu ihrem Nachtheil (in fraudem) von dem Schuldner vorgenommenen Handlungen zu schützen suchte, eine in personam actio ist, und gegen denjenigen geht, mit welchem der Gläubiger das verletzende Geschäft abschloß, sofern jener die fraudulente Absicht des Schuldners kannte — gegen den dritten Besitzer der veräußerten Sache ebenfalls nur unter derselben Voraussetzung, außerdem blos in gewissen Fällen causa cognita — ferner auch ein bloßes restituere oder Ersatz des Schadens bezweckt, L. 1. pr. L. 6. §. 12. L. 7. 9. 10. pr. §. 19. 22. 23. L. 25. §. 1. 4—6. L. 11. D. quae

diesen, eine Erweiterung des prätorischen Edictes bildenden, speciellen Fällen kommt ein weiteres Beispiel einer in integrum restitutio wegen dolus aus der Zeit der classischen Juristen nicht vor, und wenn man auch zu der Annahme geneigt sein möchte, daß man nach Analogie jener Fälle eine Restitution überall da habe eintreten lassen, wo Jemand durch den Dolus eines Anderen von der Verfolgung seiner Rechte abgehalten worden sei, so muß hiervon doch jedenfalls das Zeugniß des Juristen Paullus[253]) abhalten, wornach die doli actio dann eintreten soll, wenn durch den dolus eines Anderen die Proceßverjährung eingetreten sei, während doch nach ausdrücklicher Vorschrift die doli actio dann nicht Platz greifen soll, wenn die in integrum restitutio möglich ist[253a]); und ebenso geht mit Evidenz aus dem ganzen Digestentitel de dolo malo hervor, daß nur die doli actio da als Rechtsmittel statthaft ist, wenn Jemand durch den Betrug eines Anderen zur Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, oder zur Eingehung oder Aufhebung von Verbindlichkeiten verleitet wurde; ohne daß der in integr. restitutio hierbei gedacht ist. Nichtsdestoweniger hat diese in integrum restitutio später eine Erweiterung erfahren, indem die Kaiser Diocletian und Maximinian in zahlreichen Rescripten[254]) eine in integrum restitutio gegen die durch dolus herbeigeführte Eingehung von bonae fidei negotia eingeführt haben, welche in der Rescission derselben durch ein Decret und in Gewährung einer extraordinaria cognitio zur weiteren Verfolgung der aus der Rescission erwachsenen Ansprüche bestand, und, in gleicher Weise wie die vorhin erwähnte in integrum restitutio wegen vis und metus, bei bonae fidei negotia eine schnellere und sicherere Hilfe, als die civilen Contractsklagen und die actio und exceptio doli gewährte.

---

in fraud. credit. (42. 8.); so tritt die obige in integrum restitutio nur in dem erwähnten engen Umfange ein und ist auf Vindication der veräußerten Sache selbst gerichtet, daher sie z. B. insbesondre in dem Concurs des Beklagten vor der actio Paulliana, welche, wie erwähnt, eine blos persönliche Forderung auf restituere ist, begreifliche Vortheile zu gewähren geeignet ist. Da dieser Fall der in integrum restitutio nur nach Analogie des prätorischen Edictes über die actio Paulliana eingeführt ist, daher sie auch bei Theophil. ad §. 6. cit. selbst als actio Paulliana bezeichnet wird (vgl. Schröter a. a. O. S. 138), so leidet es keinen Zweifel, daß bei ihr hinsichtlich der sonstigen Bedingungen ihrer Anwendbarkeit, die Analogie der actio Paulliana eintritt, der zufolge sie gegen den Erwerber und den dritten Besitzer der Sache nur unter der Voraussetzung der Kenntniß der fraudulenten Absicht des Schuldners Wirksamkeit hat. Dagegen unterscheidet sich die in §. 6. I. cit. gestattete Restitution von der actio Paulliana dadurch, daß letztere nur erst nach geschehenem Güterverkaufe eintritt. L. 10. §. 1. D. quae in fraud. credit. (42. 8.) Schneider, subsid. Kl. S. 271 flg. Vangerow a. a. O. S. 232.

253) L. 18. §. 4. D. de dol. m. (4. 2.)

253a) S. oben N. 248.

254) Consult. vet. ICti II. IX. Cap. 3. C. qu. in causa mai. (II. 52.) Cap. 3. C. comm. utriusque iud. (III. 38.) Cap. 5. 8. 10. C. de rescind. vend. (IV. 44.) Cap. 8. C. de collat. (VI. 20.) Cap. 10. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Burchardi S. 381 flg.

Eine fernere Frage aber ist, ob die in integrum restitutio propter dolum auf die bisher erwähnten Fälle beschränkt oder ob ihr ein gleich weiter Umfang, wie der in integrum restitutio propter vim et metum gegeben werden müsse. Dies letztere bejahet zwar, mindestens scheinbar, Burchardi[255]), allein gewiß ohne hinreichenden Grund. Denn wenn auch aus mehrfachen Gründen der in integrum restitutio propter dolum gleichweite Grenzen zu wünschen wären, wie diejenigen propter metum sind, so steht doch, wie bereits vorhin erwähnt worden, einer solchen Annahme auch hier die L. 18. §. 4. D. h. tit. sowie der ganze Digestentitel, in welchem für alle übrigen Fälle, außer denen, in welchen die in integrum restitutio ausdrücklich gestattet worden, nur die (sonst subsidiäre) actio doli[256]) für zulässig erkannt worden ist, offenbar entgegen[257]), so daß man, so wenig übrigens auch eine scheinbare Antwort auf die Frage sich finden lassen dürfte, welche Gründe obgewaltet haben mögen, daß die Grenze und die Wirkung der Restitution wegen Betruges, welche ohne Zweifel blos in personam gegen den bestimmten Gegner, mit welchem der Verletzte in dem fraglichen Verhältnisse steht, keinesweges aber gegen dritte Personen geht[258]), nicht in ähnlicher Weise erweitert worden ist, wie dies insbesondre hinsichtlich der Restitution propter metum geschehen ist, — bei den speciell in den Quellen hervorgehobenen Fällen der Anwendbarkeit der in integrum restitutio stehen bleiben muß, mit welchen dieselbe den Abschluß ihrer Fortbildung im römischen Rechte erreicht hat. Ist daher Jemand außer jenen in den Gesetzen hervorgehobenen einzelnen Fällen, durch den dolus eines Anderen in Nachtheil gerathen, so steht ihm nur die actio und exceptio doli, wie z. B. dann, wenn durch Dolus eine Acceptilation herbeigeführt worden oder nach Umständen die Contractsklage zu Gebote[259]). Dagegen hat sie eine bedeutende Fortbildung in unserem Rechtszustande dadurch erfahren, daß jetzt alle Klagen und namentlich auch die römischen stricti iuris actiones als bonae fidei actiones behandelt werden, mithin auch die in integrum restitutio nunmehr bei allen Verträgen Anwendung erhalten hat[260]).

B. Minderjährigkeit, minor aetas[261]). Das älteste

---

255) A. a. O. S. 376 flg.

256) L. 1. §. 4. 6. D. h. t. Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. L. 7. D. de in integr. rest. Schneider a. a. O. S. 328 flg.

257) Vgl. auch Schröter a. a. O. S. 128. Vangerow a. a. O. S. 247.

258) Vgl. Burchardi S. 416. Oben unter III. 2.

259) L. 1. §. 6. 7. L. 18. §. 4. L. 20. §. 1. L. 38. D. de dol.

260) Thibaut, System (8. Ausgabe) §. 71. Mühlenbruch, Pand. §. 329 a. E. und die daselbst Citirten; besonders aber Savigny, System Bd. V, S. 137 flg.

261) Burchardi §. 13. Savigny, von dem Schutze der Minderjährigen, in den Abhandlungen der Berliner Academie der Wissenschaften d. J.

römische Recht unterschied blos Mündige und Unmündige. Jene waren, sofern sie männlichen Geschlechtes, von der Pubertät an durchaus unbeschränkt in der Verfügung über ihr Vermögen, während bei den Frauenspersonen, welche nicht in fremder Gewalt standen, die muliebris tutela hemmend eintrat, bis auch dies unter den Kaisern abkam[262]). Die Handlungen der Unmündigen waren dagegen unbedingt nichtig. Dieser Zustand währte bis etwa in die letzte Hälfte des fünften Jahrhundertes nach Erbauung der Stadt, wo durch eine Lex Plaetoria oder Laetoria[263]) zuerst besondere Bestimmungen zum Schutze derjenigen unmündigen Jünglinge, adulti, getroffen wurden, welche sui iuris, also unbeschränkt in der Verfügung über ihr Vermögen waren und das 25. Lebensjahr noch nicht überschritten hatten[264]). Hierdurch wurde angeordnet a) daß minores XXV annis sui iuris, welche nicht mehr unter einem tutor stehen, von der Obrigkeit unter Angabe der sie hierzu bewegenden Gründe, einen Curator sich sollten erbitten dürfen[265]); b) daß der Betrug gegen einen Minderjährigen ein iudicium publicum und Geldstrafe sowie Ehrlosigkeit nach sich ziehen[266]); c) daß der Minderjährige gegen die Contractsklage des Betrügers durch eine exceptio (ex lege Plaetoria) geschützt sein soll[267]). Durch eine spätere Constitution von Marcus Aurelius[268]) wurde die durch die Lex Plaetoria eingeführte cura minorum erweitert, während die übrigen Bestimmungen späterhin hauptsächlich durch das prätorische Edict außer Gebrauch kamen, durch welches allen minores XXV annis allgemein gegen jedwede sie betroffene Verletzung, welche ihren Grund in der Minderjährigkeit des Verletzten hat, Restitution zugesichert wurde[269]).

1833 (Berlin 1835) S. 1—39, auch in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. X, Abth. III, S. 232 flg., nach welchem letzteren Ausdrucke hier citirt wird; Savigny, System Bd. III, S. 79 flg.

262) Löhr, im Magazin für RW. u. Gesetzgeb. Bd. III, S. 407 flg.

263) Ueber deren Benennung und Zeitalter: Savigny, in der ang. Zeitschrift S. 240 flg.

264) Sueton. ap. Priscian. VIII. 4. Plaut. Pseudol. I. 3. v. 69. Rudens V. 3. v. 26. Cap. 2. C. Theod. de donat. (VIII. 12.)

265) Capitolin. in Marco, c. 10. De curatoribus vero, quum ante nonnisi (vel) ex Lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.

266) Cic. de offic. (III. 15.) de nat. Deor. (III. 30.) Plaut. Pseudol. (I. 4.) v. 68. sq. Savigny a. a. O. S. 243 flg. Puchta, Curs. der Instit. Bd. II, S. 392.

267) Priscian. lib. VIII. edit. Putsch. p. 743. sq. Ueber die Meinung Neuerer, daß alle Stipulationen und Gelddarlehen, in welchen der Minderjährige Schuldner ist, durch die lex Plaetoria für nichtig erklärt worden seien, siehe Savigny a. a. O. S. 253. L. 13. §. 27—29. D. de action. emt. (19. 1.) L. 7. §. 1. D. de except. et praescr. (44. 1.)

268) Capitolin. l. c. Savigny a. a. O. S. 262 flg.

269) Gai. II. 163. IV. 57. L. 1. §. 1. D. de min. L. 19. eod. Savigny a. a. O. S. 258 flg.

Die Entstehungszeit dieses Edictes[270]) ist dunkel; gewöhnlich setzt man es in die letzte Zeit der Republik[271]), obwohl es wahrscheinlicher erst in dem Anfange der Kaiserzeit entstanden ist[272]).

A. Voraussetzungen der Restitution wegen Minderjährigkeit. 1) Minderjährigkeit des Imploranten zur Zeit der erlittenen Verletzung[273]), wobei die Zeit zum letzten Augenblicke des 25. Jahres continuo berechnet wird[274]). Der Volljährigkeit steht die venia aetatis gleich, nur nicht hinsichtlich der Veräußerung von Grundstücken[275]); obwohl der Minderjährige sich selbst gegen die Ertheilung jener venia aetatis restituiren lassen darf[276]). Das Edict hatte zwar ursprünglich nur mündige homines sui iuris im Auge, nicht aber minderjährige filiifamilias und impuberes, welche unter Tutel standen. Allein obgleich man noch zu den Zeiten Ulpian's in der Theorie ungewiß war, ob man den minderjährigen Haussöhnen in integrum restitutio aus dem Grunde ihrer Minderjährigkeit ertheilen dürfe[277]), so sprachen sich doch spätere Kaiserconstitutionen[278]) in dieser Beziehung für die Ausdehnung aus; und nachdem auch schon vorher den Minderjährigen selbst dann, wenn sie unter Curatoren standen, Restitution ertheilt wurde[279]), so glaubte man ohne Bedenken dieses beneficium auch den unter Tutoren stehenden Unmündigen ertheilen zu müssen[280]).

2) Die erlittene Verletzung muß ihren Grund auf irgend eine Weise in der Minderjährigkeit haben, da die Restitution eben die aus der fehlenden Geschäftsreife des Minderjährigen und der minderen Fähigkeit desselben zur Verwaltung seines Vermögens entspringenden Nachtheile, sofern diese sich nur irgend auf jene inconsulta facilitas iuventutis zurückführen lassen, wieder gut machen soll[281]). Es ist daher gleichgiltig, ob der Minderjährige allein

---

270) Quod cum minore XXV annis natu gestum esse dicatur, uti quaeque res erit, animadvertam.

271) Hugo, röm. Rechtsgesch. S. 630.

272) Burchardi S. 210 flg.

273) L. 1. D. de min.

274) L. 3. §. 3. D. de min.

275) Cap. 2. 3. C. de his qui ven. (II. 45.)

276) Cap. 1. C. eod. Auch Embryonen, soweit sie als solche in Betracht kommen, erhalten gegen die Nachtheile, welche das ihnen angefallene Vermögen erlitten, Restitution; L. 45. D. de min.

277) L. 3. §. 4. 7. L. 29. pr. 38. §. 1. D. de min.

278) C. 1. 2. C. de filiofam. min. (II. 23.) L. 3. §. 4. 7. L. 29. 38. cit.

279) Cf. oben, und Gai. epit. I. 8. pr. I. de cur. (I. 13.) L. 1. §. 3. D. de min.

280) L. 7. §. 10. L. 29. pr. §. 1. L. 38. pr. 45. 47. pr. 49. D. de min. Cap. 5. C. si advers. rem. iudic. (II. 27.) Cap. 2. 3. C. si tut. vel cur. (II. 25.) Cap. 1. C. si adv. transact. (II. 32.) L. 32. pr. D. ad SCt. Vellei. transact. (16. 1.) Ebensowenig kommt auf das Geschlecht des Minderjährigen etwas an. L. 13. §. 1. L. 24. §. 2. 4. 5. L. 25. pr. 29. §. 2. D. h. cit.

281) L. 7. §. 8. L. 11. §. 3—5. L. 24. §. 1. D. de min. Burchardi S. 225 flg.

oder mit Beistand und Genehmigung seines Vormundes oder Vaters das verletzende Geschäft eingegangen[282]) oder ob dasselbe von dem Vater oder Vormunde ohne Zuziehung des Minderjährigen abgeschlossen worden ist[283]), sofern sie nur ausdrücklich im Namen des Minderjährigen und nicht in ihrem eigenen — wenn auch vielleicht im Interesse des Letzteren, gehandelt haben[284]). Ohne Einfluß ist es auch, ob der Vormund bona fide gehandelt[285]) oder ob die Obrigkeit das Geschäft genehmigt hat[286]). Die Restitution wird ferner gewährt, selbst wenn der Minderjährige die Umstände und Ursachen, welche ihm Schaden zufügten, kannte und sie dessenungeachtet nicht abzuwenden suchte[287]), sowie wenn er das, was er infolge des eingegangenen Geschäftes von dem Anderen erhält, durch eigene Schuld verloren und sich auf diese Weise, selbst durch Verschleuderung der empfangenen Gegenstände, um den beabsichtigten Nutzen des Geschäftes gebracht hat[288]); ja die Minderjährigkeit schützt ihn sogar wider die Folgen unerlaubter Handlungen, sofern er nur in allen diesen Fällen nicht in dolo versirte, sondern bloße Nachlässigkeit, Unbesonnenheit obgewaltet hatte[289]); hat der Minderjährige durch den Procurator Schaden erlitten, so wird er dagegen restituirt, wenn er von demselben, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit,

---

282) Paul. r. s. V. 12. §. 4. L. 29. pr. 34. §. 1. D. eod. Cap. 2. C. si tut. v. cur. (II. 25.)

283) L. 8. D. de in integr. rest. L. 3. §. 7. L. 39. §. 1. L. 45. §. 1. D. de min. Cap. 3. 5. C. si tut. v. cur. (II. 25.) Cap. 5. C. si adv. r. iud. (II. 27.) Cap. 2. C. si adv. vend. (II. 28.) Cap. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) Nov. 1. cap. 4. pr. §. 1. Der Minderjährige kann der Restitution sich bedienen, ohne zuvörderst den unvorsichtigen Vormund ausklagen zu müssen. L. 39. §. 1. L. 47. §. 1. D. de min. L. 25. D. de adm. et rer. tut. (26. 7.) Cap. 3. 5. C. (II. 25.) Ausnahme in cap. 13. §. 11. C. de iudic. (III. 1.)

284) L. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) Cap. 4. C. si tut. v. cur. (II. 25.) Sind die Handlungen des Vormundes oder Vaters schon an sich nichtig, so bedarf es natürlich keiner Restitution. Cap. 4. C. in qu. caus. in integr. rest. (II. 41.) Cap. 3. C. de tut. v. cur. (V. 33.)

285) L. 27. pr. D. de min. Wenn namentlich die älteren sächsischen Praktiker der Ansicht sind, daß dann, wenn der Vormund ein dem Mündel verletzendes Geschäft geschlossen, ein anderer Vormund behufs der Nachsuchung und Erlangung der Restitution bestellt werden müsse, (Rivin. ad O. P. 5. tit. IX. En. II. Wernher, sel. observ. for. P. I. obs. 266. Berger, decis. summ. provoc. senat. d. 197.), so ist dies ganz gewiß bei bloßen Versäumnissen unnöthig, indem es sich nicht hier um die Anfechtung einer (positiven) Handlung handelt.

286) Cap. 11. C. de praed. et al. reb. min. (V. 71.) Eine Ausnahme siehe unten bei N. 345, 346.

287) L. 4. D. qu. fals. tut. (27. 6.)

288) L. 11. §. 6. L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 34. pr. D. de min. L. 32. §. 4. D. de admin. tut. (26. 7.) L. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.) C. 1. 2. C. si adv. cred. (II. 38.)

289) L. 9. §. 2. 3. L. 32. §. 1. D. de min. L. 16. §. 9. D. de public. (39. 4.) L. 36. 38. §. 7. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5.) Cap. 1. 2. C. si adv. cred. (II. 38.) Cap. 4. C. de inc. et inut. nupt. (V. 5.)

keinen Ersatz erhalten kann[290]), indem auch hier der erlittene Nachtheil sich auf den obigen Grund der in integrum restitutio, nämlich ein Versehen des Minderjährigen bei Ertheilung des Auftrages, zurückführen läßt[291]). Ferner findet Restitution statt, wenn der Minderjährige beim Verkaufe eines ihm gehörigen Pfandes durch den Gläubiger benachtheiligt worden ist[292]). Wo dagegen der Nachtheil mit der Minderjährigkeit des Verletzten in keinem Zusammenhange steht, z. B. wenn ihm durch einen negotiorum gestor Schaden zugefügt worden ist, indem hier der Grund der Verletzung keinesweges in der Persönlichkeit des Geschäftsherrn liegt[293]), da cessirt die Restitution ebenso wie dann, wenn er lediglich durch die von seinem großjährigen Erblasser contrahirten Geschäfte verletzt worden ist[294]) oder die Verletzung blos zufällige Folge eines an sich nicht nachtheiligen Geschäftes war, sofern dasselbe nicht besonders riskant war, und der Minderjährige gerade dadurch, daß er sich in ein derartiges Geschäft einließ, seine jugendliche Unbesonnenheit an den Tag legte[295]).

3) Die Verletzung muß den Minderjährigen als solchen betroffen haben[296]). Daraus folgt, daß wenn der Minderjährige als Mandatar eines Anderen gehandelt hat, die in integrum restitutio keinem von Beiden zu Statten kommt; dem Minderjährigen nicht, weil der aus den ausgeführten Geschäften entstandene Nachtheil nicht ihn, sondern den Principal trifft[297]); den Mandans nicht, weil er sich die Wahl des ungeeigneten Bevollmächtigten selbst zuzuschreiben hat[298]). Eine Ausnahme würde nur dann eintreten,

---

290) L. 23. D. de min. L. 11. §. 1. D. de instit. (14. 3.) Cap. 13. §. 1. C. de iudic. (III. 1.)

291) Zwar will Burchardi S. 227 die Restitution gegen Handlungen des Bevollmächtigten ausgeschlossen wissen, wenn praeter vel contra mandatum gehandelt und der mandans zahlungsfähig ist, indem Niemand gegen Ueberschreitung der Aufträge gesichert sei; wogegen wenn das verletzende Geschäft dem ertheilten Auftrage gemäß erscheine, allerdings Restitution möglich sei, da alsdann der Grund der Verletzung in der Unzweckmäßigkeit des vom Minderjährigen gegebenen Auftrages liege. Allein jene angebliche Beschränkung erklärt sich lediglich daraus, daß durch Ueberschreitung des Auftrages der minderjährige Mandans ja gar nicht verpflichtet wird, mithin ihm auch eine Restitution nicht nothwendig ist, arg. cap. 4. C. (II. 41.) cap. 3. C. (V. 33.)

292) L. 7. §. 1. de distr. pign. c. 1. si adv. vend. (II. 29.)

293) L. 46. D. de min.

294) Cap. 2. C. si adv. rem. iud. (II. 27.) Cap. 7. C. de restit. mil. (II. 51.) Burchardi S. 228 flg. Ist durch Handlungen des Minderjährigen nach eingetretener Succession das von dem Erblasser eingegangene Geschäft nachtheilig geworden, so wird aber allerdings gegen die Folgen dieser späteren Handlungen (nicht gegen das Geschäft selbst) Restitution ertheilt. Burchardi a. a. O.

295) L. 11. §. 4. 5. D. de min. Burchardi S. 230.

296) L. 3. 5. 4—11. D. de min. L. 4. §. 58. D. eod. L. 13. D. ex qu. caus. mai. (4. 6.) Burchardi S. 233 flg.

297) L. 3. §. 11. L. 4. 23. D. de min.

298) L. 23. i. f. D. de min. Ergo si procuratorio nomine minor circum-

wenn der Minderjährige von dem Mandans keine Erstattung der gemachten Auslage erlangen könnte. Anders als im Falle des Mandates verhält es sich bei der negotiorum gestio, indem hier der Minderjährige, falls er durch seine Handlungen einen Nachtheil herbeigeführt hat, dem Principal, dominus negotiorum, streng genommen, für Ersatz haftet[299]), weshalb er sich dagegen restituiren lassen, wenn er dies aber nicht will, vom Principal zur Cession des Restitutionsrechtes genöthigt werden kann[300]), wodurch Letzterer an der Stelle des Minderjährigen durch Erlangung der Restitution den Schaden von sich abzuwenden im Stande ist. War nicht der Bevollmächtigte, sondern der Principal minderjährig, so entscheiden die oben unter 2) vorgetragenen Grundsätze ebenso wie beim Sclavenverhältnisse; wenn nicht der das verletzende Geschäft eingegangen habende Sclave, sondern der Herr noch in der Minderjährigkeit lebte, und zwar in den Fällen der actio quod iussu, de peculio, tributoria, exercitoria, institoria[301]). Besitzt ein minderjähriger filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi castrense, und contrahirt er in Bezug auf dieselben ein nachtheiliges Geschäft, so kann er, da hier nur ihn der Verlust trifft, allerdings Restitution erlangen[302]). Gleiches tritt ein bei der dos[303]), nach neuerem Rechte beim peculium adventitium[304]), sowie überhaupt überall, wo ein filiusfamilias vollgiltig obligiret werden kann[305]). Was dagegen das peculium profectitium und die in Bezug auf dasselbe von dem filiusfamilias eingegangenen Verbindlichkeiten betrifft, so ist zu merken, daß nicht der Vater allein, sondern auch der filiusfamilias selbst, welcher dieselben contrahirt hat, durchaus belangt werden kann. Wird nun der Vater aus solchen Verbindlichkeiten in Anspruch genommen, so hört damit die etwaige Verletzung auf Seiten des filiusfamilias auf, weil er durch die von dem Vater geschehende Zahlung zugleich mit befreit wird[306]) und die

---

scriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia, idque et Marcello placet. L. 7. §. 2. L. 8. D. de instit. act. (14. 3.)

299) §. 1. I. de oblig. quae qu. ex contr. (III. 27.) Hasse, Culpa (Ausg. von Bethmann-Hollweg) S. 394.

300) L. 24. pr. D. de min. Paull. r. s. I. 9. §. 2.

301) Arg. L. 23. D. de min. cf. mit L. 11. §. 1. D. de instit. act. (14. 3.) Burchardi S. 236.

302) L. 3. §. 10. D. de min. L. 13. §. 1. D. ex qu. caus. mai. (4. 6.)

303) L. 3. §. 5. D. de min.

304) Cap. 8. §. 6. C. de bonis quae lib. (VI. 61.)

305) §. 7. I. de noxal. act. (IV. 8.)

306) L. 3. §. 4. in princ. D. de min. (Ulpianus.) Sed utrum solis patribus familiarum, an etiam filiisfamiliarum succurri debeat, videndum: movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiisfamiliarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur id, est patribus eorum: quod nequaquam fuit Praetori propositum: Praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filiumfamilias minorem annis in integrum posse restitui ex his solis causis, quae ipsius intersint, puta, si sit obligatus. Proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique

Restitution muß hier wegfallen, weil sie nicht dem minderjährigen Haussohne, sondern dem Vater nützen würde[307]. Wird dagegen der Haussohn selbst aus der verletzenden Obligation belangt, so kann er nicht allein selbst gegen dieselbe Restitution verlangen[308], sondern auch der Vater hat das Recht, selbst gegen des Sohnes Willen, für denselben um Restitution nachzusuchen, sofern er aus dessen Handlungen Ansprüche, z. B. eine actio peculio, zu befürchten hat[309]. Ist das peculium profectitium nach dem Tode des Haussohnes an den Vater zurückgefallen, so soll, nach einem Ausspruche des Ulpianus[310], der Vater nach Analogie eines Erben sich gegen die von dem Haussohne eingegangenen lädirenden Verbindlichkeiten restituiren lassen dürfen. — Wenn nach dem Bisherigen in Rücksicht der von dem filiusfamilias contrahirten Schulden allerdings unter Umständen Restitution ertheilt wird, so wird sie doch gegen die Usucapion oder die nachtheilige Veräußerung einer zum peculium profectitium gehörigen Sache nach deutlichem Ausspruche der Gesetze unbedingt versagt[311].

B. Die Wirkungen der in integrum restitutio wegen Minderjährigkeit stehen im allgemeinen unter den bereits oben unter V. angegebenen Grundsätzen. Als ihr eigenthümliche sind nur folgende hervorzuheben: a) daß sie in gewissen Fällen nicht allein gegen denjenigen, mit welchem der Minderjährige das verletzende Geschäft schloß, sondern auch gegen den dritten Besitzer der infolge dessen verlorenen Objecte wirkt, und zwar dann: 1) wenn dem letzteren es bekannt, daß die fragliche Sache

---

poterit in solidum conveniri; filius autem (cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus, vel exheredatus, in id, quod facere potest, et quidem in potestate manens, etiam invito patre ex condemnatione conveneri) auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus; et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulat auxilium, si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione; in hac enim, si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur. Proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, siquidem pater de peculio conveniatur, filius non restituatur, si filius conveniatur, poterit restitui. Nec eo movemur, quasi intersit filii, peculium habere; magis enim patris, quam filii interest, licet aliquo casu ad filium peculium spectet, ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium eius ex constitutione Divi Claudii separatur.

307) Dies gilt nicht allein bei der actio de peculio, sondern, per argumentum a maiore ad minus, auch bei den übrigen actiones adiectitiae qualitatis, als der actio tributoria, de in rem verso u. s. w.

308) L. 3. §. 4. cit. L. 20. pr. D. eod. Cap. 1. 2. C. de filiofam. min. (II. 23.)

309) L. 27. pr. §. 4. D. de min. Gleiches gilt auch von dem dem Sohne beigeordneten Curator. L. 29. pr. D. eod. Nur wenn der Sohn mit Genehmigung des Vaters Geld geliehen hat, soll in keinem Falle Restitution dagegen ertheilt werden. L. 3. §. 4. cit.

310) L. 3. §. 10. D. de min. Burchardi S. 240.

311) L. 3. §. 4. in fin. cit. L. 23. pr. D. eod. Ueber das L. 43. §. 1. D. de admin. tut. (26. 7.) S. Burchardi S. 243 flg.

von dem Minderjährigen herrühre [312]); ferner 2) wenn derjenige, mit welchem der minor das Geschäft selbst eingegangen, zahlungsunfähig und daher dem minor die Möglichkeit nicht gegeben ist, sich an demselben zu erholen [313]); 3) wenn der minor ein gegründetes Interesse hat, den verlorenen Gegenstand in natura wieder zu erlangen [314]); und 4) wenn der suus heres gegen das Abstiniren der Erbschaft seines Vaters Restitution erlangt hat [315]). b) Ist infolge einer Restitution etwas Empfangenes zurückzugeben, so braucht der Minderjährige nur soviel zu gewähren, als er jetzt noch bereichert ist [316]); c) tritt eine Collision der Restitution mit einer anderen Rechtswohlthat ein, wie z. B. in dem Falle, wenn ein Minderjähriger einem filiusfamilias Geld liehe, dieser sich der Rückforderungsklage des minor gegenüber auf das SCtum Macedonianum beruft, während der minor gegen die Eingehung des Darlehensgeschäftes Restitution nachsucht, so hat die Restitution regelmäßig den Vorzug [317]); nur bei dem Zusammentreffen mit dem SCtum Velleianum geht die Restitution des minor blos in dem Falle vor, wenn der minor von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte [318]). Haben ferner zwei Minderjährige ein den Einen oder Anderen von ihnen verletzendes Geschäft abgeschlossen, und würde der Eine von ihnen einen Verlust erleiden, je nachdem gegen das Geschäft Restitution ertheilt werden würde oder nicht, so entscheidet der Grundsatz: in pari causa possessor melior habetur, und es wird demgemäß die Restitution versagt, wie z. B. dann, wenn ein Minderjähriger einem anderen Minderjährigen Geld geliehen, der Schuldner dasselbe verloren hat und der Gläubiger gegen das mutuum Restitution nachsuchte [319]). Würde dagegen durch die Restitution nur der eine Theil Nachtheil haben, während der andere einen Gewinn machte, wenn das Geschäft nicht aufgehoben würde, so genießt die Restitution des Ersteren den Vorzug [320]); wie in dem Falle, wenn ein minor einem anderen minor Geld geliehen und dieses in rem desselben verwendet worden ist, wobei, wie bereits erwähnt, es keinen Unterschied giebt, ob der letztere minor ein filiusfamilias ist oder nicht. c) Bestritten ist es, ob die Restitution des minor auch dessen Intercedenten zu Gute komme [321]).

---

312) L. 13. §. 1. D. de min.

313) L. 13. §. 1. L. 14. D. eod.

314) L. 9. pr. 15. D. eod.

315) Cap. 6. C. de repud. v. abst. her. (VI. 31.)

316) L. 7. §. 5. L. 27. §. 1. D. de min. S. oben bei N. 185.

317) L. 11. §. 7. L. 34. pr. de min. L. 9. pr. de iur. et facti ign. (22. 6.) Cap. 1. 2. C. si adv. fisc. (II. 37.)

318) L. 12. D. de min.

319) L. 11. §. 6. D. de min. (4. 4.)

320) L. 34. pr. D. de min. cf. mit L. 11. §. 7. eod. L. 9. pr. D. de iur. et fact. ign. (22. 6.)

321) S. Burchardi S. 570 flg.

Während Ulpian[322]) und Scävola[323]) dem Bürgen die Restitution des minderjährigen Hauptschuldners scheinbar ganz allgemein zu Gute gehen lassen, so wird in L. 2. §. 4. D. de min.[324]) diese Entscheidung wieder beschränkt und von Paullus[325]) dem Bürgen das Recht, auf die Restitution des minderjährigen Hauptschuldners zu seinem Vortheile sich zu berufen, dann abgesprochen, wenn er gerade in der Absicht, um dem Gläubiger Sicherheit gegen die Minderjährigkeit des Hauptschuldners zu gewähren, Bürgschaft geleistet hat. Hiermit stimmt auch Ulpian in einer anderen Stelle[326]) vollkommen überein, indem er sagt, daß die causae cognitio praetoris bei der restitutio minor. sich auch darauf erstrecken müsse, ob die restitutio blos eben dem minor zu ertheilen sei, oder ob sie auch dem Bürgen oder sonstigen Intercedenten zu Gute komme; wenn daher der Gläubiger dem minor seines Alters halber nichts habe borgen wollen, und ein Anderer habe, um dem Gläubiger jedes Bedenken deshalb zu nehmen, Bürgschaft geleistet, so sei diesem keine Restitution zu gewähren; ebensowenig dem mandator, welcher dem Gläubiger den Auftrag gab, sich mit dem Minderjährigen in Verbindlichkeiten einzulassen. — Derselbe Sinn liegt auch in einem Ausspruche des Papinian, in L. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.)[327]), wo unterschieden wird, ob der Bürge contemplatione minoritatis intercedirte oder nicht, und nur in dem letzteren Falle die Restitution des Hauptschuldners dem Bürgen zu Gute kommen soll[328]). Ebenso spricht sich ein Rescript von Diocletian und Maximinian[329]) dahin aus, daß, wenn eine Minderjährige mit Beobachtung aller gesetzlich vorgeschriebenen

---

322) In L. 51. D. de procurat. (3. 3.)

323) In L. 89. D. de acqu. v. om. her. (29. 2.) Ueber die systematische Vereinigung eines allgemein lautenden Gesetzes mit den beschränkenden Gesetzen: L. 41. de poen. D. (48. 19.) L. 80. D. de R. I. (50. 17.) Savigny, System Th. I, S. 274 flg. Thibaut bei Braun Erört. zu §. 105.

324) Ut solet interdum fideiussoribus eius prodesse.

325) Rec. sent. I. 6. §. 6.: qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurritur.

326) L. 13. pr. D. de min.

327) Quod vulgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extiterit, ex causa fideiussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatus invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur; e contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem; nam si minori XXV annis bona fide pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fideiussore; difficile est dicere, causam iuris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit. Vgl. über diese Stelle Schulting et Smallenburg ad h. l. (tom. II. p. 120. sq. p. 1354.) Glück, Comm. Bd. V, S. 570, N. 66. S. 572, N. 69. Reinhard, Ergänz. zu Glück Bd. II, S. 192. R. Schneider, im teutsch. Corp. Juris, Bd. IV, S. 764 flg., N. 128 flg.

328) Vgl. auch Vangerow a. a. O. S. 240.

329) Cap. 2. C. de fideiussor. min. (IV. 24.)

Formen ein Grundstück verkauft, aber später dagegen Restitution erlangt, die von ihr gestellten Bürgen — von denen in der Stelle vorausgesetzt wird, daß sie mit der Minderjährigkeit der Grundstücksverkäuferin bekannt waren — verhaftet bleiben, außer wenn bei dem Geschäfte Betrug obwaltete. Wird ferner in L. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.) durch die Worte: nec fideiussori danda est exceptio dem Bürgen scheinbar ganz allgemein die Einrede aus der Minderjährigkeit des Hauptschuldners abgesprochen, so soll doch nur gesagt sein, daß der Bürge jener Einrede sich nicht eher bedienen könne, als bis der Minderjährige selbst Restitution erlangt habe; und ebenso ist in dem gleichfalls allgemein lautenden cap. 7. C. de fideiuss. mor. (IV. 24.) offenbar an einen Fall zu denken, wo der Bürge ausdrücklich zu dem Zwecke, um Sicherheit gegen die Rechtswohlthaten der Minderjährigkeit zu geben, beigezogen ward. Hiernach scheint soviel mit Gewißheit angenommen werden zu können, daß dem Bürgen die Einrede aus der Restitution des minderjährigen Hauptschuldners weder allgemein zu versagen, noch allgemein zu gestatten ist, daß vielmehr auf den einzelnen Fall gesehen und dem Bürgen jene Einrede dann gewährt werden muß, wenn er nicht gerade in Bezug auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners, um dem Gläubiger Sicherheit hiergegen zu leisten, sondern ohne diese Rücksicht wie für jeden anderen intercedirte. Dies ist denn auch jetzt die gewöhnliche Ansicht[330]), wiewohl man noch darüber verschiedener Meinung ist, was zu präsumiren sei, wenn es zweifelhaft ist, ob die Intercession **mit** oder **ohne** Rücksicht auf die Minderjährigkeit geschehen sei. Während Einige[331]) für das erste, Andere[332]) unbedingt für das letzte sich entscheiden, noch Andere[333]) aber darauf gesehen wissen wollen, ob dem Intercedenten die Minderjährigkeit des Hauptschuldners bei Eingehung der Intercession bekannt war, und im ersteren Falle **für** die Absicht des Intercedenten, den Gläubiger gegen die Minderjährigkeit des Hauptschuldners sicher zu stellen, präsumiren, im letzten Falle aber das Gegentheil annehmen; so ist es wohl der Natur der Sache am angemessensten und auch mit den citirten Entscheidungen des **Ulpian** und **Paullus** am besten zu vereinigen, wenn man es als quaestio facti behandelt, in welcher Absicht die Intercession geschehen ist; und da die bloße Kenntniß der Minderjährigkeit an und für sich keinen Verzicht des Bürgen auf die ihm gleichfalls zu seinem

---

330) Glück, Comm. Bd. V, §. 459 und die daselbst Citirten. **Weber**, natürl. Verbindl. §. 113. **Burchardi** a. a. O. **Vangerow** a. a. O. S. 239 flg.

331) **Donell.** comment. iur. civ. lib. XXI. c. 14. **Vinnius**, sel. iur. quaest. lib. I. cap. 11.

332) Z. B. **Ant. Faber**, coniectur. iur. civ. lib. VIII. c. 3. und in C. definit. for. lib. I. tit. XIII. Def. 1.

333) **Hoepfner**, diss. de effectu restit. in integr. quoad fideiuss. (Giessae 1771). **Weber** a. a. O. **Glück** a. a. O. S. 567. **Burchardi** a. a. O.

Schutze zur Seite stehenden Einreden und Rechtswohlthaten involvirt[334]), so muß der Gläubiger jedenfalls zuvörderst beweisen, daß der Intercedent gerade mit specieller Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners sich mit verpflichtet habe, zu welchem Ende der Gläubiger sich jedes zulässigen Beweismittels und namentlich auch des Eidesantrages[335]) bedienen kann. In dem Falle, wo nur Ein Theil, sei es der Gläubiger oder der Intercedent, die Minderjährigkeit des Hauptschuldners gekannt hat, kann natürlich von der Annahme, daß die Intercession contemplatione minoritatis geschehen sei, nicht die Rede sein. Wo aber nach dem Vorhergehenden der Intercedent auf die dem Hauptschuldner ertheilte Restitution dem Gläubiger gegenüber sich nicht berufen kann, behält er doch den Regreß gegen den Minderjährigen, sofern dieser nicht auch hiergegen Restitution erlangt hat[336]).

C. Beschränkungen der Restitution wegen Minderjährigkeit. Die Regel, daß den Minderjährigen wegen ihres Alters der Anspruch auf Restitution zusteht, leidet in folgenden Fällen Ausnahme: a) wenn der Minderjährige den Nachtheil durch seinen eigenen Dolus sich zugezogen, z. B. wenn er sich dolos seinem bona fide handelnden Mitcontrahenten für volljährig ausgab[337]), sowie in Bezug auf die Nachtheile unerlaubter Handlungen, sofern der minor dolos verfuhr[338]); b) wenn der Minderjährige zu der Ausübung einer Wissenschaft, Kunst oder sonstigen Gewerbes vom Staate autorisirt und bei dessen Betreibung verletzt worden ist. Obgleich es für diese Beschränkung an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung fehlt, so ist sie doch dadurch genügend gerechtfertigt, daß in jener öffentlichen Autorisation eine theilweise Jahrgebung (venia aetatis) enthalten ist, welcher es widerstreiten würde, wenn der Autorisirte in Betreff der fraglichen Geschäfte seiner minor aetas halber Restitution fordern dürfte[338a]).

---

334) Arg. L. 56. D. de R. I. L. 87. de leg. I. L. 26. D. de reb. dub. (34. 5.) Cap. 21. C. ad SCt. Vellei. (IV. 29.) Cap. 35. §. 1. C. de inoffic. test. (III. 28.)

335) Linde, Civilpr. §. 302, N. 15.

336) L. 13. §. 4. D. de min. Cap. 1. C. de fideiuss. min. (II. 24.)

337) L. 32. 43. D. de min. Cap. 1. 2. 3. C. si min. se mai. dix. (II. 43.) Cod. Gregor. (II. 2.) Ist daher der minor über sein Alter in Irrthum gewesen, so fällt begreiflich obige Beschränkung hinweg, ausgenommen wenn er seine Versicherung, daß er volljährig sei, beschworen hat, jedoch mit der sonderbaren Unterscheidung, daß zwar ein geleisteter körperlicher Eid die Restitution unbeschränkt ausschließen soll, ein schriftlicher Eid aber nur vermöge des durch Urkunden — nicht Zeugen — zu führenden Beweises, daß der minor zur Zeit des verletzenden Geschäftes minderjährig gewesen, beseitigt werden könne; c. 3. C. cit. (II. 43.)

338) S. oben unter A. N. 289.

338a) Vgl. Glück, Comment. Bd. V, §. 458, N. 1. Thibaut, Pand. §. 548. Burchardi S. 222 und die in N. 28 daselbst Citirten. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. VI, §. 17, sub b. Vangerow a. a. O. S. 242, N. 9.

Unbegründet ist dagegen die Annahme[339]), daß die Erlangung des juristischen Doctorgrades eo ipso dem minor die Restitution entziehe; indem jene Würde eine blos wissenschaftliche ist, welche den Minderjährigen gegen Unbesonnenheit weder sicher stellt, noch eine stillschweigende venia aetatis und eine Erklärung der Staatsgewalt, daß dritte Personen sich mit dem Graduirten, ohne dessen Restitutionsgesuch befürchten zu müssen, einlassen dürfen, enthält; wie denn hier auch im allgemeinen Interesse gar nicht jenes Bedürfniß der Einschränkung der Restitutionsbefugniß, als bei der Autorisation zu einem Gewerbe u. s. w., welches ohne mancherlei Rechtsgeschäfte gar nicht bestehen kann, vorhanden ist[340]). c) Wenn der minor nach erlangter Mündigkeit das verletzende Geschäft eidlich bestärkt hat[341]). d) Wenn er das Geschäft nach erreichter Volljährigkeit ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Leistung von Abschlagszahlungen, Uebergabe der verkauften Sache u. s. w., genehmigt[342]). e) Wenn er gegen die von seinem Vater für ihn geschehene Annahme der Ausschlagung einer ihm deferirten Erbschaft oder Vermächtnisses sich hat restituiren lassen und nachher wieder hiergegen restituirt sein will[343]). f) Wenn er mit Genehmigung seines Vaters ein Gelddarlehen aufgenommen hat, so daß auch das SCtum Macedonianum dagegen nicht schützt[344]). g) Wenn der Schuldner des minor dem Vormunde in Gemäßheit eines obrigkeitlichen Decretes Zahlung geleistet hat und das Geld zu Grunde gegangen ist[345]). In manchen Fällen fällt die Restitution sogar alsdann weg, wenn ohne obrigkeitliches Decret eine Zahlung an den Vormund geleistet und das Geld verloren worden ist, namentlich bei Zahlungen von Zinsen, Miethgeldern und anderen dergleichen regelmäßigen Leistungen, sowie bei der Erfüllung eines Fideicommisses[346]). h) Wenn ein minor einen Rechtsstreit dadurch verloren hat, daß derselbe durch die Schuld des Vormundes oder Procurators über die drei Jahre hinaus, nach welchen die

---

339) Vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. V, S. 294. Vinnii, sel. quaest. I. c. 13.

340) Vgl. besonders Burchardi S. 223.

341) Authent. Sacramenta puberum C. si adv. vend. (II. 28.) (Feud. II. 53. §. 3.) Andere Restitutionen werden dagegen durch den Eid nicht ausgeschlossen. Cap. 6. X. de his quae vi (I. 40.) Cap. 7. X. de pign. (III. 21.) Burchardi S. 246 flg., N. 2.

342) Cap. 1. 2. C. si mai. fact. rat. hab. (II. 46.) Arg. L. 7. §. 16. D. de SCto Macedon. (14. 6.)

343) Cap. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) cf. mit L. 7. §. 9. D. de min.

344) L. 3. §. 4. D. de min. Cap. 2. C. de filiofam. min. (II. 23.)

345) §. 2. I. quib. alien. lic. (II. 8.) L. 7. §. 2. D. de min. Cap. 25. C. ad admin. tut. (V. 37.) Hier kann sich der minor blos an den Vormund der Entschädigung halber halten.

346) Cap. 25. C. de admin. tut. (V. 37.) Cap. 7. pr. C. ad Stum trebell. (VI. 49.) Cap. 13. C. de iudic. (III. 1.)

römische Proceßverjährung eintrat[347]), verschleift worden ist; hier soll er nur dann Restitution erhalten, wenn der Vormund oder Procurator zuvor vergebens ausgeklagt worden ist[348]). Nach dem Wegfalle der römischen Proceßverjährung kann von dieser Ausnahme heutzutage nicht mehr die Rede sein, noch dieselbe dahin ausgelegt werden, daß Minderjährige gegen die processualischen Versäumnisse ihrer Vormünder nur subsidiär Restitution erhalten dürften, indem nach deutlicher Bestimmung der Reichsgesetze[349]) ihnen derartige Versäumnisse keinen Nachtheil bringen sollen. i) Wenn der Vormund in der für den Mündel erhobenen Klage eine pluris petitio begangen hatte[350]); wovon aber gleichfalls heutzutage keine Anwendung mehr gemacht werden kann[351]). k) Wenn nahe Verwandte durch Vertrag über Rechte sich gegenseitig abgefacht haben, welche der Eine bei dem Tode des Anderen haben soll[352]). l) Wenn ein bereits 18jähriger minor den, zu dessen Erbschaft er als Erbe berufen ist, aus feindlicher Gefangenschaft zu befreien unterläßt[353]). m) Wenn ein schon von dem Erblasser des minor bestelltes Pfand von dem Pfandgläubiger veräußert worden ist[354]), sofern nur derselbe nicht dolos mit dem Käufer colludirte[355]). n) Wenn ein minor gegen einen anderen minor Restitution verlangt[356]). o) Wenn ein minderjähriger Mann seiner Gattin eine propter nuptias donatio gemacht hat[357]). p) Auch wird gegen die Ausschlagung einer Erbschaft nicht restituirt, falls diese auch von dem dritten bonae fidei Besitzer veräußert oder das auf selbige bezügliche Rechtsverhältniß vollständig regulirt ist[358]).

D. Erweiterungen der Restitution wegen Minderjährigkeit. Es liegen zwar ziemlich unzweideutige Spuren vor, daß die den Minorennen gebührende Wohlthat der Restitution nach und nach auch auf andere, in den Rechten besonders begünstigte

---

347) Cap. 13. C. de iudic. (III. 1.) Linde, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 161.

348) Cap. 13. §. 11. C. de iudic. (III. 1.)

349) Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 95.

350) Consult. vet. ICti tit. V. 2. 3. L. 1. §. 1. C. de plus pet. (III. 10.)

351) S. Burchardi S. 145 flg.

352) Cap. 11. C. de transact. (II. 4.) Der Grund dieser Bestimmung ist jedenfalls derselbe, auf welchem nach römischem Rechte die Unwiderruflichkeit des Vergleiches beruhte; Wening-Ingenheim, Civilrecht Bd. III, §. 197.

353) Nov. 115. c. 3. §. 3. Buchholz, Versuche N. 20.

354) Cap. 2. C. si adv. vend. pign. (II. 29.)

355) Cap. 3. C. si adv. fisc. (II. 37.) Vgl. mit Cap. 2. C. de praed. et al. reb. min. (V. 71.)

356) S. vorher unter B.

357) Cap. 1. C. si adv. donat. (II. 30.)

358) L. 24. §. 2. D. de min. Wenn man übrigens auch noch aus Cap. 1. C. de in integr. rest. min. (II. 22.) eine Ausnahme bei dem Verzicht auf die querela inofficiosi testamenti herleiten will, so ist dies jedenfalls unbegründet, Burchardi S. 252. Vangerow a. a. O. S. 242.

Personen ausgedehnt und daß namentlich den Weibern und rustici wegen Rechtsirrthum in gleicher Weise wie den Minderjährigen geholfen worden ist [359]). Allein wenn im Justinianeischen Rechte dies jedenfalls verschwunden ist, so sind dagegen hier mehrere, durch kaiserliche Rescripte eingeführte [360]) Erweiterungen der rest. minor. auf gewisse juristische Personen insoweit anerkannt worden, daß diesen letzteren jene Wohlthat überall da gewährt werden soll, wo dieselbe den minores ertheilt worden sein würde [361]). Ein Rescript von Septimius Severus [362]), sowie ein gleiches von Alexander Severus [363]) erwähnen zuerst, daß den Communen, reipublicae, Restitution, gleich den Minderjährigen, ertheilt werde und später ward diese Ausdehnung, die vielleicht anfänglich einzelnen Communen als ein besonderes Privilegium ertheilt worden sein mag, allgemein und öfter anerkannt [364]). — Weiter ist das römische Recht aber nicht gegangen. Dagegen ist durch das kanonische Recht die restitutio minor. den Kirchen und milden Stiftungen in ganz gleicher Weise, wie im römischen Rechte den Communen, eingeräumt worden [365]) und zwar ohne Unterschied, ob die Verletzung selbst wieder von einer Kirche oder milden Stiftung herrühre oder nicht [366]).

Fragt man, ob die soeben erwähnten Bestimmungen eine analoge Ausdehnung zulassen, so ist es zwar zu vertheidigen, wenn man die restitutio minor. auch den heutigen Flecken und Dorfgemeinden gewähren will, indem diese jetzt ebenso selbstständige Corporationen wie die römischen civitates sind, denselben in dieser Beziehung rechtlich ganz gleich stehen und im römischen Rechte nur deshalb nicht erwähnt werden, weil sie damals keine selbstständigen Corporationen bildeten, sondern den nächsten Städten zugetheilt waren [367]). Allein theoretisch ist es gewiß nicht zu rechtfertigen, wenn das beneficium restitutio auch dem Fiscus, ferner allen unter Vormundschaft stehenden Personen, wie Wahnsinnigen und erklärten Verschwendern, sowie den juristischen, aus mehreren physischen zusammengesetzten Personen gewährt wird [368]).

---

359) Cap. 3. Cod. theod. de in integr. rest. (II. 16.) (von Honorius und Theodosius). L. 110. §. 4. D. de R. I. (50. 17.) Burchardi S. 253 flg.

360) — oder wenigstens bestätigte; vgl. c. 3. C. de iure reipubl. (XI. 29.)

361) Cap. 1. C. de offic. ei. qui vic. et iud. (I. 50.) Cap. 4. C. quib. ex caus. mai. (II. 50.) Cap. 3. C. de iur. resp. (XI. 29.)

362) L. 78. §. 1. D. de leg. (2. 31.)

363) Cap. 3. C. de iure reipubl. (XI. 29.)

364) S. Note 361.

365) Cap. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 10. X. de in integr. rest. (I. 41.) Cap. 11. X. de reb. eccles. alien. (III. 13.) Cap. 1. 2. de rest. in integr. in VIto (I. 21.) Clem. un. de rest. in integr. (I. 11.)

366) Cap. 3. 5. X. de in integr. rest. (I. 41.) Cap. 1. 2. de rest. in integr. in VIto (I. 21.)

367) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I, Cap. 2. Burchardi S. 261.

368) S. Wernher, obs. for. T. I. P. III. obs. 74. T. II. P. VII. obs. 87. Hommel, rapsod. quaest. for. Vol. II. obs. 317. 322. Voet, Comm. ad Pand.

Denn wenn man auch den bekannten Ausspruch in L. 10. D. de iur. fisc. (49. 14.)[369]) nicht als ein Gegenargument in Betreff der Ausdehnung der Restitution auf den Fiscus ansehen will oder kann, so liegt doch für eine solche kein irgend scheinbares Argument in unseren Quellen vor, indem der Ausdruck respublica oder civitas stets nur eine städtische Commune, niemals aber den Staat als Rechtssubject bedeutet, welcher letztere vielmehr immer durch fiscus bezeichnet wird; und ebenso tritt den übrigen Erweiterungen, die man in der Praxis dadurch zu rechtfertigen sucht, daß universitates und die unter Vormundschaft stehenden Subjecte ebenso wie die minores bevormundet seien, nicht nur die Regel: ius singulare non est producendum ad consequentias[370]), sondern auch das Argument entgegen, daß den Minderjährigen das fragliche beneficium nicht deshalb, weil sie unter Vormündern stehen, sondern gerade umgekehrt, wegen der Unvollkommenheit ihres Alters und weil sie — wenigstens nach römischem Rechte, regelmäßig gerade keinen Vormund hatten, ertheilt worden ist[371]). Dagegen läßt sich allerdings für die Geltung jener Erweiterungen eine ziemlich constante Praxis nachweisen[372]), wie sie denn auch namentlich beim Reichskammergerichte anerkannt wurden[373]).

C. Restitution wegen capitis diminutio. Nach römischer Rechtsansicht vernichtete jede capitis diminutio die civilen Obligationen des capite diminutus[374]). Dieser Grundsatz war allerdings bei der cap. dim. maxima — dem Verluste der Freiheit — nothwendig, weil ein Sclave weder Rechte haben, noch verpflichtet werden konnte[375]); und ebenso erklärt er sich bei der cap. dim. media aus dem alten römischen Völkerrechte, nach welchem jeder Nichtbürger rechtlos, eine Rechtsverfolgung wider ihn mithin nicht anerkannt war. Dagegen ist der eigentliche Grund jener Folge hinsichtlich der capitis diminutio minima durchaus dunkel[376]) und alle Erklärungsversuche können sich nach demjenigen, was die bis jetzt vorhandenen rechtshistorischen Quellen bieten, lediglich

---

IV. 4. §. 55. Glück, Comment. Bd. VI, §. 465. Thibaut, Pand. §. 1009 und die übrigen bei Burchardi S. 259 flg. N. 18, 22, 30 Angeführten.

369) Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

370) L. 14. D. de leg. (1. 3.)

371) S. Burchardi S. 260 flg.

372) Stryck, usus mod. P. vol. 1. p. 416. §. 17. Pet. Müller, ad Struv. syntagm. Vol. I. (ed. II.) p. 473. sub α u. β. Brunnemann ad l. 4. C. qu. ex caus. mai. Richter, decis. 2. 71. n. 13. Cannegiesser, decis. Hassocassel. T. I. dec. 4. Glück, Comm. Bd. VI, S. 46 und die daselbst in N. 98, 100 Citirten, sowie die bei Burchardi S. 260, 263 in N. 17, 18, 22, 30 Angeführten. Thibaut, Pand. §. 1009. Puchta, System §. 89.

373) Adrian. Gylman, Symphonem. cameral. P. I. tit. 2. vol. 1. not. 14. p. 70.

374) Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. II, S. 69 flg.

375) Savigny a. a. O. S. 35 flg.

376) Savigny a. a. O. S. 82. Burchardi S. 264 flg.

auf Vermuthungen beschränken[377]). Was nun die Wirkung jener Vernichtung der civilen Obligationen des cap. diminutus in Bezug auf dessen Gläubiger anbelangt, so war diese bei der capite dim. maxima und media[378]) deshalb ohne besonderen Nachtheil, weil hier stets eine Universalsuccession eintrat, wobei alle Forderungen sowohl als auch Schulden klagbar auf den neuen Vermögensinhaber übergingen[379]). Aus diesem Grunde war auch keine Veranlassung vorhanden, die Gläubiger dagegen besonders zu schützen[380]). Völlig anders war aber das Verhältniß bei der capitis diminutio minima, indem, wenn auch hier die Forderungen dann, wenn die cap. dim. min. eine Universalsuccession bildete, wie bei der in manum conventio einer femina sui iuris, der Arrogation, auf den neuen paterfamilias übergingen, dies aber auch in Fällen anderer Art nicht eintrat[381]) — doch die Schulden des capite diminutus niemals auf einen Anderen übertragen wurden, vielmehr unbedingt untergingen[382]). Um die Gläubiger gegen diesen unverschuldeten Verlust ihrer Forderungen zu schützen, war daher eine Abhilfe dringend nothwendig, und dies geschah denn durch ein besonderes prätorisches Edict[383]), durch welches dem durch die bezeichnete Consumtion seiner Forderung im Falle einer cap. dim. minima benachtheiligten Gläubiger eine in integrum restitutio zugesichert wurde. Ueber die Zeit der Entstehung sowie den Urheber dieses Edictes findet sich nirgends eine bestimmte Auskunft, obwohl daraus, daß Paulus sowohl als auch Ulpian in ihren Edictscommentarien dasselbe hinter dem über die Restitution wegen Minderjährigkeit abge-

377) Burchardi S. 265.

378) Bei letzterer wenigstens dann, wenn sie zur Strafe erfolgte; in früherer Zeit zwar jedenfalls auch im Falle des freiwilligen Verzichtes auf die Civität; später aber hat man allem Anscheine nach einem das römische Bürgerrecht freiwillig Aufgebenden und ein fremdes Erwerbenden nicht allein seine Forderungen gelassen, sondern er konnte auch wenigstens utiliter aus seinen Schulden belangt werden, wie dies selbst bei demjenigen eintrat, der zwar zur Strafe eine cap. dim. media erlitten, aber infolge der Begnadigung sein Vermögen behalten hatte. L. 42. D. de V. S. (50. 10.) Burchardi S. 268.

379) L. 128. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) L. 10. §. 1. D. de bon. damnator. (48. 20.) L. 2. pr. 7. §. 2. 3. D. de cap. min. (4. 5.) L. 10. pr. D. de bon. damnat. (48. 20.) Savigny a. a. O. Vangerow a. a. O. S. 249 flg. War Jemand vom Feinde gefangen genommen worden, so ward sein Vermögen bis zu seinem Tode oder seiner Rückkehr durch einen curator absentis verwaltet, Burchardi S. 270.

380) Arg. L. 16. §. 1. 3. D. de min. L. 21. §. 3. D. qu. met. c. (4. 2.)

381) Gai. III. §. 82—84. IV. 38. Theophil. III. 10. §. 1. §. 1. 7. de acquis. per arrog. (III. 10.) L. 2. pr. §. 2. D. de cap. min. L. 19. D. de duob. reb. (45. 2.) L. 2. 3. D. de sent. pass. (48. 23.) Cap. 3. C. eod. (IX. 51.) Burchardi S. 271. Savigny a. a. O. S. 81 flg.

382) Gai. III. 84. L. 42. D. de pecul. (15. 1.) Savigny a. a. O. S. 82.

383) L. 2. §. 1. D. de cap. min.: Qui quaeve posteaquam quid cum his actum contractum sit, capite diminuti, diminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo. Schröter a. a. O. S. 110.

handelt haben, welche Ordnung auch in den Pandekten beibehalten worden ist, geschlossen werden kann, daß jenes jünger sei als das letztgedachte. Da die cap. dim. minima blos die eigenthümlich civilen Obligationen, nicht diejenigen, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, worunter gewiß alle diejenigen zu verstehen sind, deren Quelle das ius gentium ist, — aufhebt[384]), so daß mithin bei jenen nur die Klagbarkeit wegfällt und eine natürliche Verbindlichkeit stehen bleibt[385]); so wurde durch die fragliche in integrum restitutio bewirkt, daß die infolge der cap. dim. bewirkte Aufhebung der Forderung rescindirt und dem Gläubiger die verlorene Klage, als rescissoria oder restitutoria actio, mit der Fiction, daß der Schuldner keine cap. dimin. erlitten habe, ertheilt ward[386]). Hiernach erhielten die Gläubiger ihre Befriedigung aus dem Vermögen des capite diminutus gerade ebenso, als dasselbe ohne die cap. dim. zur Deckung der Ansprüche hätte verwendet werden müssen; und es war daher der nunmehrige paterfamilias des cap. diminutus unter Umständen genöthigt, das ganze Vermögen und den sämmtlichen Erwerb des Letzteren dessen Gläubigern zu überlassen[387]). Dagegen wurde die Restitution nur solchen Gläubigern gewährt, deren Forderungen **vor** der cap. dimin. entstanden waren[388]), nicht den späteren, da diesen der Einwand entgegensteht, daß sie sich den Schaden selbst beizumessen haben, welcher ihnen entstehen muß, wenn sie mit Jemandem Rechtsverhältnisse eingegangen haben, welcher infolge einer bereits eingetretenen cap. dimin. sein Vermögen und Aussicht einer Erbfolge in seiner bisherigen Familie verloren hatte. Ebenso wurden von der Restitution diejenigen Gläubiger ausgeschlossen, welche selbst die cap. dimin. ihres Schuldners herbeigeführt hatten, wie z. B. der pater arrogator[389]), indem sie selbst an der ihnen hieraus entstandenen

---

384) Vangerow a. a. O. Bd. I, §. 34, S. 64. Savigny a. a. O. S. 83 und Schneider, über die subsid. Kl. S. 281 flg. Die scheinbar allgemein redenden Stellen bei Gai. III. 87. IV. 38. sowie L. 2. §. 2. L. 5. §. 2. L. 6. 7. §. 2. 3. D. de cap. min. L. 19. D. de duob. r. constit. (45. 2.) L. 2. 3. D. de sent. pass. (48. 23.) Cap. 13. C. de sent. pass. (IX. 51.) erhalten durch L. 8. D. de cap. min. ihre nähere Bestimmung, sowie denn auch im einzelnen als Ausnahme von der Aufhebung durch cap. dim. nur solche Obligationen bezeichnet werden, welche eben ihren Ursprung im ius gentium haben (quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest). L. 8. cit. L. 2. 3. 7. §. 1. L. 9. eod. L. 58. §. 2. L. 65. §. 11. D. pro socio, (17. 2.) Paull. r. s. II. 31. §. 9.

385) L. 2. §. 2. D. de cap. min.

386) Gai. IV. 38. Praeterea aliquando adversarium fingimus nostrum capite diminutum non esse: nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite diminutus diminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per arrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendere iure licet dare eum eamve oportere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis diminutione, id est, in qua fingitur capite diminutus diminutave non esse.

387) Gai. III. 38. IV. 38.

388) L. 2. §. 1. D. cit. posteaquam cum his actum.

389) L. 2. §. 4. D. de cap. min.: Ei qui debitorem suum arrogabit, non restituitur actio in eum postquam sui iuris fiat.

Verletzung die Schuld tragen[390]. Bestritten ist es, ob blos die Gläubiger oder ob auch der cap. dimin. selbst die Restitution zu verlangen berechtigt sind. Wenn nun auch für den Letzteren eine solche Hilfe nicht weniger Bedürfniß sein mag als für jene, so kann man sich doch aus dem Grunde, weil unsere Quelle eine Ausdehnung der Restitution auf den cap. diminutus nirgends rechtfertigen, gewiß nur für die verneinende Ansicht entscheiden; der denn auch, ohngeachtet der von Schneider[391]) hiergegen aufgestellten Argumente als die gemeine betrachtet werden muß[392]). Zwar hat Justinian die Wirkungen der capitis dimin. min. insoweit gemildert, als der ususfructus und usus durch dieselbe nicht mehr verloren gehen soll[393]); allein im übrigen ist die Restitution wegen cap. dimin. auch noch im Justinianeischen Rechte praktisch geblieben. Denn das L. 2. pr. §. 1. D. quod. cum eo, qui in al. pot. est (14. 5.)[394]), auf welches sich Burchardi[395]) für die entgegengesetzte Meinung beruft, sagt nur, daß derjenige, welcher aus der väterlichen Gewalt entlassen worden, hinsichtlich der während dieser Gewalt contrahirten Schulden, das beneficium competentiae haben solle, womit sich offenbar recht gut verträgt, daß die Gläubiger ein Klagerecht gegen den diminuirten Sohn nur auf dem Wege der Restitution erlangen können und daß das Edict sich nur auf die durch capite dimin. nicht erloschenen Obligationen bezieht. Ebensowenig enthält eine andere gleichfalls von Burchardi[396]) angezogene Stelle[397]) etwas Widerstreitendes, indem dieselbe sich blos darüber ausspricht, was von den Gläubigern des Arrogirten, nachdem sie gegen den civilen Untergang ihrer Forderungen restituirt sind, als Hilfsobject angegriffen werden kann[398]). Dazu kommt noch, daß die römischen Juristen von der in integr. rest. wegen cap. dimin. in ihrem

---

390) Vgl. oben II. A. C. 5.

391) A. a. O. S. 296 flg.

392) Glück, Comm. Th. VI, S. 27 und die N. 6 Citirten. Mühlenbruch, Pand. §. 561 sub 4. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. VI, §. 561. Vangerow a. a. O. S. 251 und besonders Burchardi S. 278.

393) Cap. ult. C. de usufruct. (III. 33.)

394) In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abstinuerit hereditate eius, cuius in potestate cum moreretur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, sive in peculium sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in id, quod facere potest. — Sed et si citra emancipationem sui iuris factus sit, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit, item, si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest.

395) S. 279. Vgl. auch Reinhardt, Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. II, S. 228.

396) A. a. O. S. 282.

397) §. 7. de acquis. per arrogat. (III. 10.)

398) Vgl. Schrader ad l. c. in Corp. iur. civ. Tom. I. p. 479. u. in Addend. p. 792. Vangerow Bd. I, S. 65. Schneider a. a. O. S. 305 flg.

ganzen Umfange als etwas noch Bestehendem und Geltendem sprechen[399]. Was dagegen die heutige Anwendbarkeit dieser Restitution betrifft, so ist dieselbe ganz gewiß um deswillen unpraktisch geworden, weil die römisch-rechtliche Consumtion der Obligationen in Teutschland nie Eingang gefunden hat[400].

D. Restitution wegen Abwesenheit und anderer äußeren Hindernissen an der Wahrnehmung und Geltendmachung eines Rechtes. Nachdem die bisher angeführten vier Edicte (wegen Restitution gegen Zwang und Furcht, Betrug, Minderjährigkeit und capitis diminutio) aufgestellt waren, folgte ein Edict, in welchem eine große Reihe einzelner Restitutionsgründe für maiores XXV annis, welche in den früheren Edicten nicht mit umfaßt wurden, aufgezählt sich befanden[401]. Das Edict verspricht Restitution a) demjenigen, welcher während der Zeit, wo er aus Furcht oder ohne böse Absicht, in Staatsangelegenheiten abwesend[402] war oder wenn er, während er in Gefangenschaft, in Sclaverei, in der Gewalt der Feinde sich befand, etwas durch Verjährung verloren hat, b) demjenigen, dessen Gegner durch Verjährung etwas erworben oder dadurch eine Befreiung erlangt hat, daß er abwesend oder in Haft sich befand, oder sich der Rechtsverfolgung entzog oder gegen seinen Willen nicht vor Gericht gezogen werden durfte, sowie c) demjenigen, dessen Klage durch Verzögerung oder gar Verweigerung der Rechtshilfe von Seiten der Obrigkeit verloren gegangen ist, und d) in allen Fällen, si qua alia praetori iusta causa esse videbitur. — Da an der Spitze dieser Restitutionsgründe als ein solcher: si quis — reipublicae causa abesset, steht, so wird wohl von manchen neueren Juristen das ganze Edict als Restitution wegen Abwesenheit bezeichnet, wobei dieselben noch eine Eintheilung in Restitution wegen eigener Abwesenheit, und Abwesenheit

---

399) Gai. III. §. 84. IV. 38. tot. tit. Dig. de cap. min. L. 19. D. de duob. reis constit. (45. 2.)

400) Glück's Comment. Bd. VI, S. 27. Vgl. auch Savigny a. a. O. Bd. II, S. 86, 149, 444 flg.

401) L. 1. §. 1. D. ex qu. caus. mai. (IV. 6.) Si cuius quid de bonis (diminutum erit) cum is metu aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amissum sit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret: aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus factum, sine dolo malo ipsius actio exemta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.

402) Ueber den Begriff dieser Abwesenheit s. L. 21. 26. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) L. 1. 19. pr. 20. 28. 51. §. 4. 5. D. de fideic. lib. (40. 5.) Francke a. a. O. S. 73.

des Gegners machen, auch diejenigen Fälle, in denen keine wahre Abwesenheit vorhanden ist, z. B. bei dem in vinculis esse als fingirte Abwesenheit ansehen und aus den übrigen in dieses Edict gehörigen Fällen eine besondere Restitution ex clausula generali bilden[403]). Für eine solche Auffassung bieten jedoch die Quellen keine Anhaltepunkte. Denn wenn auch einmal[404]) dieses Edict als dasjenige genannt wird, durch welches Abwesenden auf dem Wege der Restitution gegen die infolge der Abwesenheit entstandenen Rechtsnachtheile geholfen werden soll, so ist doch damit noch keineswegs bewiesen, daß die Abwesenheit der alleinige Restitutionsgrund sei, und dann kommt als der eigentliche technische Ausdruck für die unter diesem Edicte begriffenen Restitutionsfälle gerade der Name: restitutio maiorum vor[405]). Was den Ursprung des in Frage stehenden Edictes betrifft, so ist soviel gewiß, daß derselbe in einem Edicte des Prätors Publicius, wahrscheinlich aus der ersten Hälfte des sechsten Jahrhundertes[406]) zu suchen ist, nach welchem demjenigen, dessen Eigenthum ein in Staatsangelegenheiten Abwesender oder in feindlicher Gefangenschaft Befindlicher usucapirt hatte, zur Geltendmachung des verlorenen Eigenthumsrechtes rescissa usucapione, also unter der Fiction, daß die Usucapion nicht erfolgt sei, die alte Vindication wiederum gegeben wurde[407]). Auch in mehreren Digestenstellen[408]) wird eine actio publiciana rescissoria erwähnt. Hieraus und namentlich aus den Worten der angeführten Institutionsstelle, daß die actio publiciana auch noch in anderen Fällen gewährt werde, läßt sich soviel mit Wahrscheinlichkeit entnehmen, daß in dem genannten Edicte des Prätors Publicius eine doppelte actio publiciana eingeführt worden ist und zwar die Eine mit der Fiction der vollendeten Verjährung[409]) und die Andere mit der Fiction der nichtvollendeten Verjährung. An dieses Edict schlossen sich mannigfache Erweiterungen späterer Prätoren an, bis es zuletzt in der Kaiserzeit die in L. 1. §. 1. D. cit. ersichtliche Fassung erhalten hat, aus welcher, obgleich das Edict lediglich vom Verluste infolge eingetretener erwerbender oder erlöschender Verjährung redet, doch der Zweck und das Princip der restitutio maiorum insoweit klar sich herausstellt, daß sie Hilfe gewähren soll gegen den Verlust von Rechten, welcher

---

403) Siehe z. B. Glück, Commentar Bd. VI, S. 26 flg. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes (4. Ausg.) B. VI, §. 19, 30. Mühlenbruch, Pand. §. 166.

404) L. 2. i. f. D. ex qu. c. mai. (4. 6.)

405) Rubr. D. (4. 6.) L. 18. D. eod. c. 7. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.)

406) Terent. Phorm. II. 4. v. 9. sq. Burchardi S. 154 flg. Schröter a. a. O. S. 98 flg.

407) §. 3—5. I. de action. (IV. 6.) Theophil. IV. 6. §. 3—5. Brisson. de V. S. s. v.: Publiciana.

408) L. 57. D. mand. (17. 1.) L. 35. pr. D. de obligat. et act. (44. 7.)

409) Tit. D. de public. in rem act. (6. 2.)

dadurch eingetreten ist, daß deren Geltendmachung durch äußere factische Hindernisse, deren Abwendung man nicht in der Gewalt hatte, verhindert wurde[410].

A. Nach den Worten des Edictes stellen sich als einzelne Restitutionsgründe, aus denen restitutio maiorum gewährt wird, folgende heraus:

I. Wenn das Hinderniß der Geltendmachung eines Rechtes in der Person des Verletzten seinen Grund hat, und zwar a) Abwesenheit wegen gerechter Furcht vor drohender erheblicher Gefahr[411]. b) Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, reipublicae causa[412]), vorausgesetzt, daß der Abwesende in unmittelbarem Staatsdienste stand[413]), die Abwesenheit nicht in böslicher Absicht oder auch um bloßer Privatzwecke willen nachgesucht[414]) und dieselbe nicht ungebührlich verlängert worden ist[415]). Diensthuende Soldaten gelten, auch wenn sie im Orte anwesend sind, als reipublicae causa absentes[416]). c) Jede gefängliche Haft, in welcher man sich befand, mag diese von Seiten einer öffentlichen Behörde angeordnet oder mag die Beraubung der Freiheit von einem Privatmanne bewirkt worden sein[417]). Uebrigens ist hierbei in den Quellen kein Unterschied gemacht, ob jene Haft infolge einer verdienten Strafe oder ohne Verschuldung herbeigeführt ist. Infolge analoger Ausdehnung steht der Haft auch die Dürftigkeit gleich, insofern sie verhindert, daß sich der Dürftige schicklicherweise öffentlich sehen lassen kann[418]). d) Sclaverei, in welcher ein Freier von einem Anderen bona oder mala fide gehalten wird[419]). e) Feindliche Gefangenschaft[420]).

II. Wenn das Hinderniß in den persönlichen Verhältnissen des Gegners beruhte[421]), vorausgesetzt, daß derselbe keinen Stellvertreter zurückgelassen hat, auch Niemand dessen Vertretung freiwillig zu über-

---

410) Burchardi S. 159.

411) L. 1. §. 1. L. 2. §. 4. L. 3. D. ex qu. c. mai.

412) L. 6—8. D. de in integr. rest. L. 1. pr. §. 1. L. 4. 5. 6. 32. 35. 36. 38. 41. 46. D. 2. tit.

413) L. 33. D. 2. tit.

414) L. 1. §. 1. L. 4. 5. pr. 34. §. 1. L. 36. 38. pr. 42. D. h. t. Cap. 4. C. de rest. mil. (II. 51.)

415) L. 37. 38. §. 1. D. h. t. Cap. 8. C. de rest. mil. (II. 51.) Die Zeit der Heimreise wird noch als absentia angesehen. L. 35. §. 9. D. h. t.

416) L. 7. 19. 28. §. 6. L. 29. 33. §. 2. L. 35. 45. D. h. t. Cap. ult. C. de rest. mil. (II. 51.)

417) L. 1. §. 1. L. 9. 10. D. h. t. Cap. 2. C. eod. (II. 54.)

418) L. 9. §. 11. D. h. t.

419) L. 1. §. 1. L. 11. D. h. t.

420) L. 1. §. 1. L. 11. 12. 13. D. h. t. Cap. 5. C. eod. (II. 54.)

421) Gleichgiltig ist es hierbei, ob der Berechtigte selbst sich in einer Lage befunden, welche ihn von der Verfolgung seines Rechtes abhielt, L. 46. D. h. t., sofern dieses Hinderniß nur von der Art ist, daß es Anspruch auf Restitution giebt.

nehmen bereit gewesen ist[422]), und daß sich auch unter seinen Freunden und Verwandten Niemand gefunden hat, welcher ihn vertheidigen wollte[423]). Als hierher gehörige Fälle sind anzuführen: a) freiwillige Abwesenheit des Gegners ohne Rücksicht auf den Grund derselben[424]), sofern nur der Berechtigte nicht selbst die Abwesenheit veranlaßt hat[425]). b) Haft oder Gefangenschaft des Gegners, wodurch die Rechtsverfolgung wider ihn unmöglich ist[426]). c) Wenn der Gegner sich der Rechtsverfolgung, der Klagerhebung wider ihn entzogen hat, indem er sich z. B. verborgen hielt oder auf andere Weise die Klagerhebung eludirte[427]); d) wenn der Gegner nicht wider seinen Willen vor Gericht gezogen werden konnte[428]), wie dies bei den Römern namentlich bei den Magistraten während ihrer Amtsführung[429]) der Fall war; wiewohl auch hier vorausgesetzt wird, daß sich kein Defensor für den Gegner gefunden hatte[430]).

III. Wenn durch gänzliche Verweigerung oder ungebührliche Verzögerung der Justiz von Seiten des Gerichtes oder durch unerwartete außerordentliche Gerichtsferien die Verfolgung eines Rechtes vereitelt oder gehindert worden ist[431]). In Betreff der durch die Abwesenheit des Verletzten begründeten Restitution ist zu bemerken, daß es demselben im allgemeinen hierbei keinen Nachtheil bringt, daß er keinen Bevollmächtigten für seine Angelegenheit zurückgelassen hatte[431a]), außer in dem Falle, wenn er zur Strafe verbannt oder, wenn auch aus triftigen Gründen, dennoch ganz freiwillig, abwesend war[432]), es wäre denn, daß ihm auch hier ein genügender Entschuldigungsgrund zur Seite stände, z. B. wenn der bestellte Bevollmächtigte verstorben ist, ohne daß

---

422) L. 1. §. 1. L. 21. §. 1. L. 23. pr. L. 21. §. 2. 3. L. 22. 23. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 3. D. quod cuiusc. univers. nom. (3. 4.) L. 23. D. de solut. (46. 3.) Cap. 18. C. de procurat. (II. 13.)

423) L. 22. pr. D. h. t. Wer als Bevollmächtigter eines Abwesenden geklagt hat, kann gezwungen werden, auch die Vertheidigung des Abwesenden zu übernehmen, wenn dessen Gegner gegen ihn klagen will, und die Klage keine infamirende ist. L. 33. §. 3. 4. L. 35. §. 3. L. 37. pr. 39. pr. §. 3. L. 70. D. de procur. (3. 3.) L. 22. D. de iudic. (5. 1.) L. vatic. §. 330. 340.

424) L. 1. §. 1. L. 21. pr. §. 1. L. 26. §. 1. L. 30. §. 1. L. 31. L. 46. D. h. t. L. 1. D. de div. temp. praescr. (44. 3.)

425) L. 16. D. h. t.

426) L. 1. §. 1. L. 23. pr. §. 1—4. D. h. t. L. 9. 10. eod.

427) L. 1. §. 1. L. 23. §. 4. L. 24. 25. D. h. t.

428) L. 1. §. 1. L. 26. §. 2. 3. D. h. t.

429) L. 26. §. 2. D. h. t. L. 32. D. de iniur. (47. 10.) L. 24. 25. D. de iudic. (5. 1.) L. 3. D. de legation. (50. 7.)

430) L. 1. §. 1. L. 26. §. 3. D. h. t.

431) L. 1. §. 1. L. 23. §. 4. L. 26. pr. §. 4—7. D. h. t.

431a) L. 26. §. 9. L. 15. pr. D. h. t. L. 2. §. 1. D. si ex nox. c. ag. (2. 9.) L. 7. §. 12. D. de min. (4. 4.) L. 26. §. 6. L. 30. D. de nox. act. (9. 4.) Cap. 1. C. ex qu. c mai. (II. 52.) Cap. 4. C. de proc. (II. 13.)

432) L. 26. §. 1. D. h. t.

der Mandant es erfahren hat[433]). Zweifelhaft scheint es aber zu sein, wie es dann gehalten werden soll, wenn der Abwesende zwar einen Bevollmächtigten hinterließ, dessenungeachtet aber, mit oder ohne dessen Schuld, ein Nachtheil eintritt[434]). Während nämlich Paullus[435]) in einem solchen Falle die Restitution versagt, erklären sie Ulpian und Macer[436]) für zulässig. Dieser Widerstreit beseitigt sich wohl dadurch, daß nach älterem Rechte die absentes defensi allgemein von der Restitution ausgeschlossen waren, während die neuere römische Praxis hier ex clausula generali Restitution ertheilte, und daß jenes ältere Recht noch in der widerstreitenden Stelle des Paullus enthalten ist[437]). Ein fernerer Streit ist darüber entstanden, ob überhaupt die Restitution gegen eine eingetretene Verjährung wegen Abwesenheit oder Unzugänglichkeit des Gegners im Justinianeischen Rechte noch zulässig sei, nachdem Justinian[438]) die bekannte Protestation eingeführt habe, mittelst welcher der Lauf der Verjährung verhindert werden könne[439]). Manche Rechtslehrer behaupten, daß durch die angezogene Bestimmung die Restitution in der genannten Beziehung aufgehoben sei, weil demjenigen, welcher sein Recht durch eine einzulegende — jedoch unterlassene — Protestation hätte erhalten können, ohnstreitig die entstandene Verletzung seiner eigenen Nachlässigkeit beizumessen sei, wie denn Justinian selbst über den Zweck jenes Rechtsmittels sich dahin ausspreche: ut nemini absentia adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia[440]). Andere, und zwar die meisten Juristen[441]), sind dagegen der Ansicht, daß jene Restitution ohngeachtet der citirten Verordnung Justinian's im allgemeinen nicht unpraktisch geworden sei, indem correctorische Gesetze strict ausgelegt werden müßten, auch die Grundsätze über die Restitution wegen Ab=

---

433) L. 26. cit. L. 28. D. h. t.

434) Burchardi S. 167 flg.

435) In L. 39. D. h. t. Is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens, non audietur.

436) L. 26. §. 9. D. h. t. Ulp.: Et saepissime constitutum est, adiuvari eum, sive habuit procuratorem, sive non. L. 15. pr. D. eod. Ulp.: Ego autem nomine eius, qui hostium potitus est, si curator (ut plerumque) fuerit bonis constitutus, auxilium competere existimo. L. 8. D. de in integr. rest. (4. 1.)

437) Cocceii, ius civ. controv. IV. 6. qu. 2. Burchardi S. 173, woselbst S. 168 flg. die verschiedenen Ansichten nachzusehen sind.

438) In Cap. 2. C. de annal. exc. ital. contr. (VII. 40.)

439) Vgl. Marezoll in Löhr's und Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. IV, S. 379 flg. N. 8.

440) Duarenus ad tit. D. ex qu. caus. mai. (in Opp. p. 129.) Vinnius in comment. ad Inst. de action. I. H. Böhmer, introd. in ius D. IV. 6. §. 2. Dampierre, spec. de rest. t. 6. §. 28. J. L. Schmidt, Lehrb. v. Kl. u. Einr. §. 446. C. G. Schmidt, Comment. zu diesem Lehrb. §. 446 und die bei Glück, Comm. Th. VI, S. 36, N. 39 Citirten.

441) Glück, Comm. a. a. O S. 37 und die das. in N. 41 Angeführten. Burchardi S. 182.

wesenheit des Beklagten in den Pandekten und dem Codex als noch giltig hingestellt seien, Justinian auch durch Einführung des Rechtsmittels der Protestation, wie die Anfangsworte der fraglichen Constitution[442]) lehrten, blos eine Cautel, um den Ablauf der Verjährung zu hindern, habe an die Hand geben und den Schwierigkeiten vorbeugen wollen, welche mit der Wiederaufhebung der eingetretenen Verjährung verbunden seien. Prüft man die den beiden Meinungen zur Seite stehenden Gründe, so läßt sich das Uebergewicht der für die letzterwähnte streitende nicht verkennen, wie denn dieselbe auch noch jetzt als die gewöhnliche erscheint[443]).

B. Ueber die Bedeutung der ganz allgemein lautenden Schlußworte des eingeführten Edictes: item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, die sog. clausula generalis[444]), herrscht schon seit der Zeit der Glossatoren eine große Verschiedenheit der Ansichten. Während nämlich Ein Theil der Juristen annimmt, daß in jenen Worten nur andere als die im Edict ausdrücklich genannten Fälle der Abwesenheit angedeutet seien[445]), ist anderentheils wohl die Mehrheit der Rechtslehrer der Meinung, daß hierdurch dem Richter Fug und Macht gegeben sei, nach seinem Ermessen überall wo es ihm billig erscheine, Restitution zu ertheilen[446]). Allein wenn gegen die erste Meinung offenbar der Umstand streitet, daß unter den hierher gehörigen Restitutionen einzelne Fälle aufgeführt sind, in welchen von einer Abwesenheit evident nicht die Rede sein kann[447]), so ist dagegen die zweite Ansicht nicht allein viel zu weitgreifend, da die claus. generalis ihrer ganzen Stellung und Fassung nach, nicht etwa eine Erweiterung der Restitution überhaupt, sondern nur des einzelnen Edictes, dessen Anhang sie bildet, und zwar der restitutio maiorum, bilden soll, — sondern auch um so

---

442) Ut perfectius omnibus consulamus — sancimus, si quando abfuerit is, cui res alienas etc.

443) Vergleiche außer den bei Glück a. a. O. Citirten noch Wening-Ingenheim, Civilrecht B. VI, §. 20. Thibaut, System (7. Ausgabe) §. 1013 b, N. h.

444) Ihr Ursprung fällt jedenfalls erst in die Kaiserzeit. Schröter a. a. O. S. 109.

445) Cuiac. in Paratitl. ad l. 16. 30. D. h. t. Ant. Faber, rational. ad l. 26. §. 9. D. h. t. p. 638. Ger. Noodt, comment. ad D. h. t. p. 127. sq. Schilter, prax. iur. Rom. exerc. XI. §. 29. Textor, disp. de rest. in integr. h. t. §. 3. p 375 sq. Biener, hist. rest. in integr. cap. V. p. 27. sq. Franck, diss. de rest. in integr. ex claus. Praet. gen. etc. (Erlang. 1785.)

446) Westenberg, princ. iur. sec. ord. D. h. t. §. 51—53. I. H. Böhmer, introd. in iur. D. h. t. §. 5. sq. Schaumburg, comp. iur. D. h. t. §. 4. Leyser, medit. ad Pand. Vol. I. spec. 64. Mevius, decis. p. IV. dec. 148. c. 14. Wernher, obs. T. I. P. I. obs. 52. P. III. obs. 9. 212. Berger, oecon. iur. L. III. tit. XV. th. 14. Hofacker, princ. iur. civ. II. §. 854 sq. Glück, Commentar Th. VI, S. 46 flg. und die daselbst Note 66 Citirten.

447) Z. B. L. 1. §. 9. de itin. (43. 19.) L. 34. §. 1. L. 35. D. de serv. praed. rest. (8. 3.) L. 14. pr. D. quemadm. serv. am. (8. 6.)

bedenklicher, als durch sie das Bestehen aller auf giltige Weise entstandenen Rechtsverhältnisse einem unabsehbaren und bodenlosen Billigkeitsprincipe preisgegeben und die Sicherheit des ganzen Verkehres im äußersten Grade gefährdet werden würde. Der wahre Umfang und Sinn der gedachten Clausel ist erst in neuerer Zeit, namentlich von *Francke*[348]) und *Burchardi*[349]), wieder aufgestellt worden, welcher darauf geht, daß, da die restitutio maiorum gegen diejenigen Verletzungen Hilfe gewähren soll, welche Jemand durch unverschuldete, durch *äußere* Hindernisse herbeigeführte *Unterlassungen* und Versäumnisse in Geltendmachung von Rechten erlitten hat, — jedoch den Worten des Hauptedictes nach nur gegen bestimmte Nachtheile und bei speciell genannten Hindernissen, — die clausula generalis an diese Bestimmungen dadurch sich vollkommen anschließt, daß nach ihr auch in anderen als den im Edict namentlich aufgeführten Fällen, wo man durch *unverschuldete äußere factische Hindernisse von der Verfolgung von Rechten* abgehalten worden ist, Restitution ertheilt werden soll[450]). Daher kann von einer Restitution gegen die Eingehung nachtheiliger oder Nichteingehung vortheilhafter Rechtsverhältnisse keine Rede sein. Diese Auffassung wird nicht allein durch die allgemeinen Andeutungen der Quellen selbst[451]), sondern ganz besonders durch die zahlreichen in den Quellen aufgeführten einzelnen Anwendungen bestätigt. Als solche Restitutionsfälle ex claus. generali sind nämlich erwähnt:

I. Als Hindernisse in der Person des *Verletzten*: a) wenn Jemand blos als legatus civitatis, d. h. blos in den Angelegenheiten einer Commun, abwesend war[452]); b) wenn Fiscale (patroni fisci) und Militärärzte in ihren Functionen abwesend waren[453]); c) wenn die Ehefrau von Soldaten und anderen reipublicae causa Abwesenden ihre Ehemänner begleiteten[454]); d) wenn Jemand, ohne eigentlich Gefangener zu sein, doch einen bestimmten Ort nicht verlassen darf, z. B. infolge eines vadimonium[455]); e) wenn Jemand überhaupt vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit, z. B. als Zeuge in einem Processe, abwesend war[456]) oder sonst wegen einer unfreiwilligen Abwesenheit von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten ward[457]), wobei zu

---

448) Beiträge S. 64 flg., 76 flg.

449) A. a. O. §. 12.

450) *Burchardi* a. a. O. S. 193. *Francke* a. a. O. *Vangerow* a. a. O. S. 253.

451) L. 17. §. 3. D. de usur. (22. 1.)

452) L. 8. 26. §. 9. L. 35. §. 1. 7. L. 42. D. h. t. *Burchardi* S. 164 unter 2. A.

453) L. 33. pr. §. 2. D. h. t.

454) Cap. 1. 2. C. de uxor. mil. et eor. qui reipubl. caus. abs. (II. 52.)

455) L. 28. §. 1. D. h. t.

456) L. 26. §. 9. D. h. t.

457) L. 26. §. 9. cit. L. 28. pr. D. h. t.

merken, daß der Grund der Abwesenheit hier gleichgiltig ist, und namentlich keineswegs, wie Einige wollen, eine absentia honesta vorausgesetzt wird[458]). Dagegen wird bei einer freiwilligen Abwesenheit in der Regel keine Restitution ertheilt[459]), namentlich nicht, wenn die Abwesenheit aus schlechten Motiven stattfand[460]). Liegt freilich in der freiwilligen (jedoch nicht durch schimpfliche Motive veranlaßten) Abwesenheit ebenfalls eine gewisse Nothwendigkeit, z. B. wenn man sich der Studien wegen oder der Führung eines Processes halber abwesend befand, so findet Restitution statt[461]), ebenso wie dann, wenn derjenige, gegen welchen Restitution gesucht werden muß, selbst die Veranlassung der Abwesenheit gewesen ist[462]).

II. Als Hindernisse aus der Person des Gegners: a) wenn derselbe gezwungen abwesend, z. B. im Exil, gewesen ist[463]), oder b) er eine Person ist, welche nicht selbst vor Gericht erscheinen kann, z. B. eine juristische Person, ein Wahnsinniger, ein infans[464]) und c) wenn ein Soldat vermöge seines Dienstverhältnisses nicht belangt werden kann[465]).

III. Als Hindernisse durch andere als die bisher genannten Umstände, deren Abwendung man nicht bewirken konnte: a) wenn Naturereignisse oder eine sonstige Gewalt die Ausübung eines Rechtes, z. B. einer Servitut, unmöglich gemacht haben und dieses infolge dessen durch Verjährung untergegangen ist[466]); b) wenn Jemand durch den Tod übereilt ward, ehe er ein von ihm persönlich geltend zu machendes Recht ausüben konnte, z. B. den Antritt einer Erbschaft, und wo die Erben, um das Versäumte nachzuholen, Restitution erhalten können[467]); c) wenn Jemand ohne eigene Schuld von einer an ihn

---

458) Glück, Comm. Th. VI, S. 35. Die Eintheilung der Abwesenheit in lobenswürdige, indifferente und tadelhafte (Glück a. a. O.) ist ohne Grund. Das L. 26. §. 4. D. h. t., auf welches man sich zum Beweis, daß ein als Verbannter Abwesender nicht restituirt werde, beruft, enthält blos die bereits oben hinsichtlich der Procuratoren der Verbannten bemerkte Einschränkung, und L. 9. 40. §. 1. D. h. t. ergeben gerade, daß es bei einer unfreiwilligen Abwesenheit nicht gerade auf eine lobenswerthe Ursache derselben ankommt.

459) L. 26. §. 9. i. f. D. h. t. Ist der Abwesende durch seinen zurückgelassenen Procurator in Nachtheil versetzt worden, so wird Restitution gegeben. S. oben.

460) L. 37. §. 1. D. de min. (4. 4.) L. 14. 38. pr. D. h. t.

461) L. 26. §. 9. L. 28. pr. D. h. t.

462) L. 19. §. 1. D. de probat. (22. 3.)

463) L. 26. 1. D. h. t.

464) L. 22. §. 2. D. h. t. L. 209. D. de V. S. (50. 16.) L. 124. §. 1. D. de reg. iur. (50. 17.) ebenso, wenn ein Kranker nicht vor Gericht gezogen werden kann. L. 21. i. f. D. (18. 4.)

465) L. 28. §. 6. L. 29. 45. D. h. t.

466) L. 1. §. 9. D. de itin. (43. 19.) L. 34. §. 1. L. 35. D. de serv. praed. rust. (8. 3.) L. 14. pr. D. quemadm. serv. am. (8. 6.)

467) L. 86. pr. D. de acquir. her. (29. 2.) L. 3. §. 30—32. D. de SCto

ergangenen Aufforderung der Geltendmachung seiner Rechte, z. B. einer gerichtlichen Ladung, keine Kenntniß erlangt hat[468]); d) wenn man durch Betrug von der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Rechte abgehalten worden ist[469]); e) wenn Jemand durch irgend eine unfreiwillige Abwesenheit einen Verlust an seinem erworbenen Vermögen erlitt, z. B. wenn Sachen des Abwesenden durch die Pfandgläubiger verkauft wurden, während er, im Falle der Anwesenheit, im Stande gewesen wäre sich zu vertheidigen und den Verkauf durch Zahlungsleistung abzuwenden[470]) — oder er einen Erwerb zu machen verhindert wurde, vorausgesetzt, daß er auf denselben bereits einen bestimmten Anspruch hatte und durch die Abwesenheit nur an der Geltendmachung verhindert ward[471]). Zwar haben Viele[472]) auch alle diejenigen Fälle unter die clausula generalis bezogen, in denen überhaupt Irrthum und Unerfahrenheit die Ursache eines Versäumnisses geworden ist. Allein erwägt man das Wesen der clausula generalis und daß aus ihr nur wegen äußerer Hindernisse in der Verfolgung von Rechten Restitution ertheilt wird, so erscheint es gewiß richtiger, wenn man die angegebenen Fälle unter die Restitution wegen Irrthums stellt. — Dagegen wollen die neueren Juristen[473]) ex clausula generali noch restituiren: a) wenn eine Partei ohne ihre Schuld im Processe durch die Nachlässigkeiten und Versehen ihres Bevollmächtigten Schaden erlitten hat. Nach römischem Rechte wurde hier, sofern der Fall sich nicht zugleich als eine Restitution wegen Abwesenheit[474]) darstellt, nicht restituirt, und dem Geschäftsherrn blieb nichts weiter übrig, als den Bevollmächtigten auf Ersatz des zugefügten Schadens zu belangen[475]),

---

Silan. (29. 5.) L. 12. D. de carbon. ed. (37. 10.) Vgl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Pand. Comment. Bd. XLIII, S. 187 flg.

468) L. 7. pr. D. de in integr. rest. (4. 1.) Heutzutage kann diese Restitution insbesondre im Concursverfahren eine wichtige Anwendung finden, wenn ein Gläubiger die erlassene gerichtliche Edictalladung nicht erfahren hat und dadurch von der Concursmasse ausgeschlossen worden ist. Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger §. 119, N. 2. Martin, bürg. Proceß (11. Ausg.) §. 328 (317) in N. c.

469) L. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.)

470) Cap. 2. C. de rest. milit. (II. 51.)

471) L. 17. D. h. t. Francke a. a. O. S. 69 flg.

472) Vangerow a. a. O. S. 254, 255. Burchardi S. 184 flg. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 30.

473) S. Glück, Comment. Th. VI, §. 472, N. 1 und die N. 76 daselbst Citirten.

474) S. oben nach III. bei Note: hat der Bevollmächtigte seinen Auftrag als eine Restitution überschritten, so ist das von ihm Ausgeführte für den Principal ohnehin nicht bindend.

475) Cap. 10. C. de procurator. (II. 13.) Si procurator ad unam speciem constitutus, officium mandati egressus est, nullum domino praeiudicium facere potuit. — Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet: cum si quid fraude, vel dolo egerit, convenire eum more iudiciorum non prohibearis.

indem eine restitutio ex clausula generali hier um deswillen nicht statthaft erschien, weil der Geschäftsherr den ihm zugefügten Nachtheil allerdings bei einiger Aufmerksamkeit, z. B. durch eigene Führung des Rechtsstreites u. s. w., abzuwenden im Stande war, mithin kein äußeres, unverschuldetes und nicht zu entfernendes Hinderniß an der Geltendmachung von Rechten vorlag. Aus diesem Grunde sind denn manche Juristen[476]) auch bei dem römisch-rechtlichen Grundsatze stehen geblieben; während wohl fast alle Praktiker[477]) und selbst das Reichskammergericht[478]) der entgegengesetzten Ansicht huldigten und als Stützpunkt derselben sich darauf berufen, daß der römisch-rechtliche Grundsatz mit dem im römischen Processe bestandenen dominium litis der Processprocuratoren zusammenhänge, dieses aber im heutigen Processrechte nicht mehr stattfinde[479]). Diesem steht aber entgegen, daß das dominium litis der Processprocuratoren mit jener Versagung der Restitution in keinem Zusammenhange steht, daß diese vielmehr auf dem angegebenen Grundsatze der restitutio maiorum beruht, überdies auch der vorhin angeführte gemeine Bescheid des Reichskammergerichtes gemeinrechtliche Giltigkeit nicht erlangt hat. Hiernach muß man sich noch jetzt für die Beobachtung des römischen Rechtes erklären und höchstens da eine Ausnahme zulassen, wo die Streitenden, wie dies partikularrechtlich häufig vorgeschrieben ist, ihre Processe nicht in Person führen dürfen, sondern gehalten sind, sich hierzu eines öffentlich autorisirten Anwaltes zu bedienen; indem ihnen in einem solchen Falle, und sofern nicht dem Principal auch hier ein eigenes Verschulden zur Last fällt, ein Hinderniß, sich selbsteigen um ihre Angelegenheiten zu bekümmern, vorhanden ist, dessen Abwendung nicht in ihrer Gewalt steht und welches einer Abwesenheit rechtlich gleichgeachtet werden muß[480]); b) wenn Jemand durch den Rath eines Rechtsgelehrten sich bestimmen ließ, ein Recht nicht geltend zu machen und er durch diese Versäumniß einen Verlust erlitt[481]); c) wenn Jemand durch einen unvermutheten Zufall, Krankheit u. s. w., sowie durch Armuth an der Verfolgung seines

---

476) S. Burchardi S. 198.

477) Vgl. Glück a. a. O. §. 472 und die daselbst in Note 75, 76 Angeführten.

478) Dubium camerale v. 19. Mai 1786. Abgedruckt in Emminghaus, Corp. Jur. Germ. (Neue Ausg. 1844) S. 586 flg.

479) Vgl. auch Arch. f. d. civ. Prax. Bd. IV, S. 112 flg. Linde, Abhdl. aus dem Civilpr. 1. Bd. Nr. 5.

480) Man verlangt, daß die Restitution gegen die Versehen eines Rechtsanwaltes entweder durch die verletzte Partei selbst oder durch einen neuen Advocaten nachgesucht werde, arg. L. 25. pr. D. de adopt. et emancipat. (1. 7.) Vgl. auch das Präjudiz des Oberappellationsgerichtes zu Jena v. 22. October 1818 (abgedruckt in Emminghaus, Corp. Jur. Germ. (Neue Ausg.) S. 662 und das sehr ausführl. Weim. Gesetz v. 16. Mai 1823. Die Wiedereinsetzung in den vor. Stand betr. (Regierungsbl. v. 1823 S. 4 flg.; und überhaupt Burchardi S. 199 flg.

481) Leyser, medit. ad Pand. spec. 64. med.

Rechtes gehindert worden ist[482]; d) wenn Jemand dadurch ein Versäumniß beging, daß er keinen Advokaten für die Führung seiner Rechtsangelegenheiten erhalten konnte, obwohl ihm nur mit und durch einen solchen vor Gericht zu handeln gestattet war[483]). Im übrigen ist zu bemerken, daß die Restitution bei den im Edict namentlich aufgeführten Fällen (actionem intra annum dabo) durch die auf den Grund der in dem Decrete des Prätors ausgesprochenen Rescission und Restitution gewährte restitutoria actio oder exceptio zur Geltendmachung des restituirten Rechtes[484]), oder, wo wegen eines nicht gemachten Erwerbes Restitution ertheilt war, in einer utilis actio zur Erlangung des Erwerbes geschehe[485]), während die restitutio aus der sog. clausula generalis bei der ganz allgemeinen Erklärung, in integrum restituam, nach Lage der Sache, in den sämmtlichen, bereits oben dargestellten, Verfahrensweisen gesucht werden konnte[486]). Ist eine Frist versäumt, so wird dieselbe nochmals ertheilt[487]) und zwar so, daß, wenn das Ende der Frist in die Zeit, wo das Hinderniß, z. B. Abwesenheit, eintrat, einfiel, nur soviel an Zeit restituirt wird, als der Implorant durch die Abwesenheit u. s. w. verhindert war[488]), wogegen im Falle das Hinderniß nur im Anfange der Frist obwaltete, keine Restitution ertheilt wird, außer wo nach dem Wegfalle des Hindernisses, z. B. der Rückkehr des Verletzten, nur wenige Tage übrig blieben, in denen es ihm thunlich war, sich über seine Rechtsangelegenheiten gehörig zu informiren[489]) und die zu deren Wahrung dienlichen Schritte vorzunehmen.

V. Restitution wegen Irrthums, error. Wo der Irrthum als solcher nicht ipso iure wirkt, d. h. das fragliche Geschäft als nichtig oder bezüglich als giltig erscheint, während die Kenntniß des Irrthums es entweder verhindert oder giltig gemacht haben würde, oder wo nicht andere Rechtsmittel, z. B. Condictionen, exceptio doli, gegeben sind, um eine Wiederherstellung des durch den Irrthum aufgehobenen Rechtszustandes herbeizuführen[490]), da wird in manchen Fällen auf den Grund des Irrthums Restitution gewährt. Wenn nun aber über die

---

482) Mev. decis. P. II. decis. 24. Höpfner, Commentar über die Instit. §. 1010. Brockes, select. observ. for. obs. 381. Cannegiesser, decis. hasso-cassel. T. I. dec. 153. nr. 4. Leyser, med. ad. P. sp. 64. m. 5. Glück, Comment. Th. VI, S. 52 flg.

483) Schaumburg, compend. iur. D. h. t. §. 5. Hofacker, princ. iur. §. 855. Glück a. a. O.

484) §. 5. I. de action. (IV. 6.) L. 17. pr. 20. 28. §. 5. 6. D. h. t. L. 37. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

485) L. 17. §. 1. L. 41. 43. D. h. t.

486) Vgl. hierüber Schröter a. a. O. S. 103 flg.

487) L. 86. pr. D. de acqu. v. v. her. (29. 2.) Cap. 1. C. de restit. mil. (II. 51.)

488) L. 2. §. 7. 8. D. h. t.

489) L. 15. 16. D. h. t.

490) Vgl. besonders Savigny, System Bd. III, S. 326 flg.

Zulässigkeit dieser Restitution selbst ein Zweifel nirgends herrscht[491]), so ist man doch über die Grenzen derselben nicht einig. Die uns aufbewahrte Stelle des prätorischen Edictes, in welcher ausdrücklich Restitution wegen Irrthums verheißen wird[492]), bezieht sich nur auf Processe, welche Jemand gegen einen Unmündigen unter der Auctorität eines falsus tutor geführt hat, und wo, obgleich dieser Proceß auf Seiten des Unmündigen ungiltig war, mithin die actio iudicati wider ihn im Falle der Verurtheilung nicht angestellt werden konnte, der Kläger dennoch die durch die litis contestatio consumirte Klage nicht wieder anstellen durfte, indem ihr die exceptio rei in iudicium deductae entgegenstand[493]); hier rescindirte der Prätor nach Gewährung eines iudicium restitutorium[494]) und nach angestellter causae cognitio durch sein Decret die Eingehung des früheren iudicium, stellte dadurch die consumirte Klage wieder her und sicherte deren fernere Gestattung zu[495]). Würde daher die Ansicht[496]) richtig sein, daß die Restitution wegen Irrthums auf den erwähnten Fall beschränkt werden müsse, so würde von einer Restitution wegen Irrthums in unserem heutigen Rechte deshalb nicht mehr die Rede sein können, weil mit dem Untergange des alten ordo iudiciorum auch zugleich die alte consumirende Wirkung der Litiscontestation aufgehört hat, jener Fall mithin durchaus unpraktisch geworden ist. Allein in den Quellen sind offenbar mehrfache, wenn auch verhältnißmäßig nicht zahlreiche, Anwendungen jener Restitution enthalten, welche als Fortbildungen des prätorischen Edictes durch die römische Praxis und die Kaiserconstitutionen erscheinen. Denn a) wurde ohne Zweifel nach den allgemeinen Worten in L. 1. pr. D. cit.[497]) und nach der in der angeführten Stelle §. 2 enthaltenen Bemerkung über die zu enge Fassung des Edictes, die Restitution auch in anderen als den in L. 6. cit. erwähnten Fällen ertheilt, wo Jemand mit einem

491) L. 2. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 1. §. 6. D. quod falso tut. auct. (27. 6.) Burchardi §. 21, S. 383 flg.

492) L. 1. §. 6. D. cit.: Ait Praetor: si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem. Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit. Das Alter und der Ursprung dieses Edictes sind unbekannt. Diese ursprünglich processualische Bedeutung dieser Restitution, auf welche bereits von Francke, Beiträge Nr. 3 und Keller, über Litisconteſt. u. Urth. §. 68 aufmerksam gemacht worden ist, hat Burchardi a. a. O. außer Acht gelassen.

493) Keller, über Litisconteſt. u. Urth. §. 68, S. 573 flg. Schröter a. a. O. S. 114.

494) L. 7. §. 3. D. quod fals. tut. (27. 6.)

495) Unmündige Kläger, welche mit einem falsus tutor sich eingelassen haben, bedürfen der Restitution nicht, L. 3. D. de min., wohl aber, wenn es auctoritate tutoris geschehen ist, L. 6. D. eod. sowie Minderjährige, selbst wenn ihnen der Mangel hinsichtlich des angeblichen Vormundes bekannt war, L. 4. D. eod.

496) Vgl. Francke, Beiträge S. 84 flg. und die dort Angeführten.

497) Huius edicti aequitas non est ambigua: ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur.

Pupillen unter der Auctorität eines falsus tutor in Rechtsgeschäfte sich eingelassen hatte; b) ebenso wurde im älteren Rechte gegen die Nachtheile einer aus Irrthum begangenen plus petitio, welche den Verlust des ganzen Anspruches nach sich zog, restituirt[498]). Diese Bestimmung ist schon im Justinianeischen Rechte antiquirt und höchstens nur noch im Falle einer plus petitio temporis praktisch[499]). c) Zu dem jetzt gleichfalls nicht mehr praktischen Falle, wenn der Kläger vermöge einer dilatorischen Einrede sein ganzes Recht verloren hatte[500]), wurde ihm im Falle des Irrthums Restitution ertheilt[501]); ferner soll d) den Erbschaftsgläubigern, welche aus Irrthum sich des beneficium separationis bedient haben[502]), sowie e) dem, welcher eine wirklich begründete Klage durch irrthümliche Anstellung derselben aus einem falschen oder nicht beweisbaren Grunde verloren[503]), ingleichen dem, f) welcher auf eine interrogatio in iure aus Irrthum falsch geantwortet[504]), sowie dem, g) welcher in einem Rechtsstreite von seinem cautionspflichtigen Gegner einen unfähigen Bürgen angenommen hat[505]), Restitution gewährt werden; auch wird h) der Erbe gegen den durch die Confusion herbeigeführten Verlust seiner Forderungen an den Erblasser restituirt, falls ihm die Erbschaft als indignus wieder entzogen wird, sofern er sich im entschuldbaren Irrthum befand[506]); endlich wird, besonders nach den teutschen Reichsgesetzen, überall wegen Verletzungen im Proceß durch Unterlassung aus Irrthum und Unwissenheit, namentlich wegen neu entdeckter Urkunden und Thatsachen, welche bei der früheren Entscheidung nicht mit haben berücksichtigt werden können, restituirt[507]). i) In einigen besonderen Fällen wird auch den Frauens-

498) Gai. IV. §. 53. §. 33. I. de act. (IV. 6.) Theophil. IV. 6. §. 33. Wahrscheinlich ist hiermit unter Tib. Claudius der Anfang gemacht worden. Sueton. Claud. cap. 14. Nam et iis, qui apud privatos iudices plus petendo formulas excidissent, restituit actiones. Burchardi a. a. O. S. 388 will zwar in §. 5. 6. I. de hered. qualit. eine fernere Anwendung finden; allein von einer in integrum restitutio ist dort keine Spur und das Rechtsmittel daselbst kein anderes, als das von Justinian eingeführte beneficium inventarii. S. auch Vangerow a. a. O. S. 248 unter r.

499) Cap. 1. C. de plus pet. (III. 10.) §. 10. I. de exc. (IV. 13.) Zimmern, röm. Civilpr. S. 538.

500) Gai. IV. 123.

501) L. 2. D. de exc. rei iud. (44. 2.)

502) L. 1. §. 17. D. de separat. (42. 6.)

503) L. 13 pr. D. de instit. act. (14. 3.) L. 11. pr. D. de exc. rei. iud. (44. 2.) Brackenhöft, Identität u. mater. Connex der Rechtsverhältnisse S. 242.

504) L. 11. §. 8—10. D. de interrogat. in iur. fact. (11. 1.)

505) L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (2. 8.)

506) L. 21. §. 1. D. de SCto Silan. (29. 5.) L. 8. D. de his quae ut indignis (34. 9.) L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci (49. 14.) L. 21. §. 1. D. de his qu. ut ind. (34. 9.)

507) Vgl. Francke a. a. O. S. 93. Reichsabsch. v. 1533 §. 3. Kammergerichtsordn. v. 1555 III, 52. Deputationsabsch. v. 1600 §. 138. J. Reichs-

personen Restitution wegen Irrthums gewährt[508]). Betrachtet man die aufgezählten Fälle des Eintrittes der Restitution wegen Irrthums, so fällt in die Augen, daß sie sämmtlich — mehr oder weniger — auf processualische Nachtheile sich beziehen, und daß demnach die fragliche Restitution nur da zugelassen sein dürfte, wo Jemand durch Irrthum in derartige Nachtheile gerathen ist, wodurch sie zugleich in bestimmte, feste Grenzen gewiesen und ihrer Ausdehnung auf solche Fälle, in denen der Irrthum civilrechtlich nicht in Betracht gezogen wird, ein Damm entgegengesetzt ist[508a]). Ebenso unterscheidet sich die Restitution wegen Irrthums-Restitution von der Restitution ex clausula generali wesentlich dadurch, daß letztere nur eintritt, wenn man durch äußere Hindernisse zu Unterlassungen in der Geltendmachung seiner Rechte bewogen wurde, während bei letzteren keine äußeren Hindernisse und größtentheils Nachtheile durch positive Thätigkeit vorliegen. Uebrigens muß der Irrthum, wenn er sich zur Restitution eignen soll, ein error facti sein, wenn nicht dem Verletzten vermöge besonderer Gesetzesbestimmung, wie den Frauenzimmern[509]), auch der Rechtsirrthum nachgesehen wird.

F. K. Steinberger.

Restitution als Rechtsmittel gegen Urtheile. — A. Restitution im Civilprocesse überhaupt. Die Restitution kann die Beseitigung von Rechtsnachtheilen bezwecken, welche für eine Person nach strengem Rechte bei Geschäften außerhalb eines gerichtlich verhandelten Rechtsstreites eingetreten sind; sie kann auch auf die Beseitigung von Rechtsnachtheilen gerichtet sein. Von letzterer ist hier allein die Rede. Diese kann I. die Anwendung der durch Versäumnisse oder Versehen im gerichtlichen Verfahren eingetretenen Nachtheile bezwecken. Sie wird im allgemeinen nach den von der prätorischen Restitution geltenden Grundsätzen beurtheilt[1]). Die Erlangung der nachgesuchten Restitution ist demnach von folgenden Voraussetzungen abhängig: 1) es muß eine von dem Verletzten selbst ohne eigenes Verschulden erlittene nicht unbedeutende Läsion vorhanden sein. Zum

---

abschn. §. 118. Gem. Besch. v. 7. Juli 1669, 7. Juli 1771. (Emminghaus, Corp. Jur. Germ. (Neue Ausg.) S. 292, 435, 493, 504. Durch die Partikulargesetzgebungen ist freilich diese letztere Anwendung sehr eingeschränkt worden.

508) L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 1. §. 2—5. D. de ed. (2. 13.) L. 2. §. 1. D. de inspic. ventr. (25. 4.) Cap. 9. C. SCt. Vellei. (IV. 29.) Savigny, System Bd. III, S. 432 flg.

508a) Francke a. a. O. S. 93. Vangerow a. a. O. S. 249.

509) Savigny a. a. O. S. 432. Auch ganz rohen, ungebildeten Menschen, rustici, wurde in einigen speciellen Fällen wegen Irrthums, und namentlich auch wegen Rechtsirrthums, Restitution ertheilt. Cap. 8. C. qu. adm. (VI. 9.) L. 1. §. 2—5. D. de edendo (2. 13.) Savigny a. a. O. S. 436 flg.

1) Gensler, im Archiv für civil. Prax. Bd. IV, S. 114. Linde, Civilpr. §. 423, Schmid, Hdbch. des gemeinen teutschen Civilpr. Bd. III, S. 532 flg.

Dasein einer Läsion wird aber nicht der Nachweis des Verletzten verlangt, daß er im Rechtsstreite selbst Recht habe, sondern nur, daß der Richter, sei es aus den Acten oder nach vorhergegangener Bescheinigung von Seiten des Imploranten, sich überzeuge, daß durch die Ertheilung der Restitution die Proceßlage des Imploranten verbessert werde, mithin die ertheilte Restitution keine fruchtlose unnütze Verfügung sei [2]). Es liegt zwar in der Versäumniß einer nach den Gesetzen zustehenden Proceßhandlung oder in dem Versehen schon an sich eine Läsion [3]); es kann aber dieselbe dennoch nicht für hinreichend zur Restitution erachtet werden, wie Manche annehmen [4]), sondern es ist die Restitution abzuschlagen, wenn Gewißheit darüber vorliegt, daß selbst die Ertheilung der Restitution die Lage des Imploranten nicht verbessern würde, weil dasjenige, was er restituirt vorbringen will, werthlos und unerheblich ist [5]). Ist Zweifel über die Erheblichkeit des infolge der gesuchten Restitution geltend zu machenden Materiales, so ist zuerst das Dasein der Läsion zu prüfen und erst nach dem Ergebnisse dieser Prüfung die gesuchte Restitution entweder abzuschlagen oder zu ertheilen [6]). Es ist daher, damit der Richter über das Dasein einer Läsion urtheilen könne, nothwendig, daß, wenn Restitution gegen Versäumnisse oder Versehen gesucht wird, dem Restitutionsgesuche vom Imploranten stets dasjenige Vorbringen, dessen Geltendmachung infolge der gesuchten Restitution er beabsichtigt, beigefügt werde [7]), und ist in dieser Hinsicht ein Mangel, so kann dies zur Abweisung des Restitutionsgesuches wenigstens in dem angebrachten Maße führen [8]). 2) Es muß ein gesetzlicher Restitutionsgrund (iusta causa restitutionis) vorliegen. Die Restitutionsgründe sind dieselben, wie bei der prätorischen Restitution, welche gegen außerhalb eines Rechtsstreites erlittene Verletzungen gesucht wird. Was insbesondre die Frage betrifft, ob eine Versäumniß oder Versehen des Procurators im Processe ein Grund zur Restitution für die dadurch verletzte von

---

2) Gensler a. a. O. und Anleit. z. gerichtl. Prax. Bd. I, §. 19, N. 48, S. 72. Linde, Hdbch. über die Rechtsmittel Bd. II, §. 160, S. 64. Schmid a. a. O.

3) Gensler, im Archiv a. a. O. Linde a. a. O. S. 62. So z. B. in der Präclusion mit den Einreden, in der Versäumniß des Beweises.

4) Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Proc. §. 37 a. E.

5) Gensler a. a. O. Daher ist z. B. wenn ein nach Ablauf der Beweisfrist mit einem Restitutionsgesuch angetretener Beweis, oder die Beschwerde wegen versäumten Rechtsmittels offenbar unerheblich erscheint, die Restitution wegen mangelnder Läsion abzuschlagen. Gensler, Anleit. a. a. O. Martin, gem. teutsch. bürgerl. Proc. §. 279.

6) Gensler und Martin a. a. O.

7) Z. B. bei gesuchter Restitution gegen Präclusion mit den Einreden die Exceptionsschrift, bei Restitution gegen Versäumniß des Beweises die vollständige Beweisantretungsschrift.

8) Ein Decret des Richters, welches dem Imploranten, statt das Restitutionsgesuch zu verwerfen, dessen bessere Begründung auferlegte, ist schonender, aber wegen der Verhandlungsmaxime bedenklich.

dem Procurator vertretene Partei sei, so fand nach römischem Rechte in der Regel eine Restitution aus diesem Grunde nicht statt[9]), vielmehr mußte der Vertretene ihren Vertreter mit der Regreßklage auf Entschädigung in Anspruch nehmen[10]). Die Restitution war hauptsächlich deshalb unzulässig, weil der Partei bei der Wahl des Procurators eigene Schuld zur Last fällt, indem die durch den Procurator erlittene Verletzung vermieden worden sein würde, wenn sie bei der Wahl des Procurators mit mehr Sorgfalt und Umsicht verfahren wäre und sich einen sorgfältigeren Procurator ausgesucht hätte. Nur in folgenden Fällen wurde Restitution ertheilt: a) absentes reipublicae causa und ihnen gleichgeachtete Personen[11]) erhalten gegen die vom Procurator begangene Versäumniß der Nothfrist zur Appellation Restitution[12]); b) die legati civitatis wurden auch, wenn sie einen Procurator hatten, restituirt[13]); c) Minderjährige und andere unter Curatel stehende Personen erhielten Restitution, wenn sie von ihren Curatoren, deren Erben und Bürgen keine Entschädigung erlangen konnten[14]). Letztere Bestimmung bezieht sich aber blos auf die von Justinian eingeführte Proceßverjährung und es kann daher ein allgemeines darin aufgestelltes Princip nicht erblickt werden, welches auf alle Versäumnisse im Processe anwendbar wäre, um so weniger, als sonst die Minderjährigen bei Verletzungen, welche sie durch die Curatoren erlitten haben, die Wahl zwischen dem Ansuchen um Restitution und der Entschädigungsklage gegen den Vormund haben, und sogar die einmal getroffene Wahl willkürlich wieder ändern können[15]), was bei der Allgemeinheit der hinsichtlich der Verletzung gebrauchten Ausdrücke auch auf die im Processe durch die Vormünder erlittenen Verletzungen zu beziehen ist[16]). Das kanonische Recht will die Personen, welche die Rechte der Minderjährigen genießen, gegen die durch Nachlässigkeit ihrer Vertreter erlittenen Verletzungen

9) L. 39. D. (4. 6.)

10) L. 10. C. de procurat. (II. 12. (13.)) Es kann auch die actio de dolo gegen den Gegner unter Umständen stattfinden. L. 8. §. 1. D. (17. 1.) L. 7. §. 9. D. (4. 3.) Die Begründung einer solchen Regreßklage gegen den Procurator ist schwierig. Es gehört dazu der Nachweis, daß die Partei ohne die Versäumniß oder das Versehen ihres Procurators im Processe den für sie angetretenen Nachtheil nicht erlitten haben würde, indem das von dem Procurator versäumte Vorbringen oder die wahre Thatsache, die er falsch dargestellt hat, geeignet gewesen sein würde, einen der vertretenen Partei vortheilhaften Ausgang des Rechtsstreites herbeizuführen. Vgl. über die Begründung einer solchen Regreßklage Kori, im Archiv für civil. Pr. Bd. V, S. 399 flg.

11) L. 8. D. (4. 1.) L. 26. §. 9. D. (4. 6.)

12) L. 8. D. (4. 1.)

13) L. 26. §. 9. D. (4. 6.)

14) L. 13. §. 11. C. (III. 1.)

15) L. 45. §. 1. D. (4. 4.) L. 3. 5. C. si tutor. (II. 24. (25.)) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 144.

16) L. 3. C. cit. Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt etc. Auch Linde, Abhandl. Bd. I, S. 144 nimmt dieses Rescript allgemein.

sofort restituirt wissen[17]), womit jeder Streit darüber, ob die Restitution nur subsidiärer Natur sei[18]), auch für den Minderjährigen beseitigt ist. Die Reichsgesetzgebung ging weiter und verordnete, daß eine Nachlässigkeit der Tutoren und Curatoren im Processe den Minderjährigen nicht nachtheilig sein, das Recht der Minderjährigen selbst unverletzt bleiben und nur die nachlässigen Vormünder bestraft werden sollten[19]). Durch den gemeinen Bescheid vom 19. Mai 1786 wurde bestimmt, daß überhaupt jeder Vertretene gegen die Nachlässigkeit seines Procurators ohne vorherige Ausklagung desselben restituirt werden solle. Aus den Gründen jenes Bescheides geht hervor, daß sich dies auf den Fall beschränkt, wenn eine Partei durch einen öffentlichen inländischen Procurator vertreten gewesen ist[20]). Der erwähnte gemeine Bescheid hat die Bestätigung von Kaiser und Reich nicht erhalten, dennoch wird er aber in der Praxis befolgt[21]), obwohl unter den Rechtsgelehrten die Sache immer noch streitig ist. Jedenfalls bleibt es hinsichtlich der Privatprocuratoren und der ihnen gleichzustellenden öffentlichen ausländischen Procuratoren, auf welche sich jener gemeine Bescheid gar nicht bezieht, bei den Bestimmungen des römischen Rechtes[22]); die Praxis gestattet aber auch gegen die durch diese verschuldeten Verletzungen Restitution, wenn der Procurator zahlungsunfähig ist oder wenn ein Regreßanspruch gegen ihn wegen Unschätzbarkeit des Rechtes nicht möglich ist[23]). Restitution

---

17) Cap. 2. X. (I. 41.)

18) Für blos subsidiär hält sie auch bei Minderjährigen nach römischem Rechte Schmid, Hdbch. Bd. I, S. 268 und hält die L. 3. C. si tutor. (II. 24. (25.)) nicht für widersprechend, weil sie nur die dem Minderjährigen zustehenden Rechtsmittel angebe. Er hat aber L. 5. C. eod. übersehen, und wenn in dieser Stelle von Veräußerungen und Contracten der Tutoren und Curatoren die Rede ist, so ist darin nicht eine Beschränkung auf Verletzungen Minderjähriger außerhalb eines Rechtsstreites, sondern nur eine Anwendung des in L. 3. C. cit. hinsichtlich aller durch die Vormünder erlittenen Verletzungen ausgesprochenen allgemeinen Princips über die zwischen der Entschädigungsklage gegen den Vormund und der Restitution dem Verletzten zustehende Wahl zu finden.

19) Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 95. Das Reichsgesetz spricht von dem Falle des Ungehorsams der Vormünder und bestimmt, daß die Nachtheile desselben, nämlich Achtserklärung und Immission, nur gegen die Vormünder erkannt werden sollen, weil nur diese sich in culpa befinden; den Minderjährigen soll ihr Recht unverletzt erhalten bleiben. Im sächsischen Processe ist aber diese Bestimmung der Reichsgesetzgebung nicht angenommen worden; die sächsischen Proceßordnungen sprechen immer von einer bei Proceßversäumnissen der Vormünder zu suchenden Restitution.

20) Gensler, im Archiv für civil. Proc. Bd. IV, S. 116.

21) Linde, Abhandl. Bd. I, S. 152. Für seine Anwendung erklären sich auch Gönner, Hdbch. des gem. teutschen Proc. Bd. I, N. 22. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, §. 472. Auf die Eigenschaft der gemeinen Bescheide als provisorischer Gesetze läßt sich dies aber nicht gründen, höchstens waren sie für das Reichskammergericht maßgebend, so lange nicht ein Reichsgesetz sie abänderte. S. den Artikel Proceß.

22) Gensler a. a. O. S. 116 flg.

23) Kori, im Archiv für civil. Pr. Bd. V, S. 413.

gegen das Verfahren im Processe darf dann nicht gesucht und ertheilt werden, wenn das Verfahren schon an sich nichtig ist. 3) Mit dem Restitutionsgesuche muß die Proceßhandlung, welche versäumt oder in Ansehung welcher das Versehen begangen ist, verbunden werden[24]. 4) Die Restitution muß binnen der gesetzlichen Frist gesucht werden. Was das römische und kanonische Recht über die Restitutionsfrist bestimmt, ist hier nicht besonders zu erörtern, es gehört dies sammt den darüber obschwebenden Streitfragen unter den Artikel von der prätorischen Restitution. Hier ist nur noch der Bestimmung der Reichsgesetzgebung zu gedenken, nach welcher die Restitution gegen Versäumniß präclusiver Fristen und Termine innerhalb einer solchen Zeit, als der Präcludirte „zuvor re integra gehabt" gesucht werden soll[25]. Man hat darin eine allgemeine Vorschrift gefunden und folgende Theorie aufgestellt[26]. Die zum Anbringen des Restitutionsgesuches freigelassene Zeit soll von derselben Zeit an wie die Restitutionsfrist des römischen und kanonischen Rechtes berechnet werden und nie länger sein, als der Theil der präclusiven Zeit, während dessen der Verhinderungsgrund dauerte und nur dann eben so lang sein, wie jene Zeit, wenn der Verhinderungsgrund während der ganzen Zeit dauerte. Bei einem versäumten präclusiven Termine soll das Restitutionsgesuch sofort am nächsten Tag nach Wegfall des Verhinderungsgrundes angebracht werden müssen. War dagegen eine durch das Gesetz oder den Richter festgesetzte präclusive Frist versäumt, so soll der Präcludirte nur dann eine dieser gleichkommende Restitutionsfrist haben, wenn er während der ganzen Frist an der Vornahme der versäumten Proceßhandlung verhindert war; sonst aber es darauf ankommen, ob das Hinderniß bei dem Anfange der Frist vorhanden war, während derselben aber wegfiel oder erst während der Frist eintrat und bis zum Ende derselben dauerte. Im ersten Falle soll der Präcludirte auf eine Restitution überhaupt keinen Anspruch haben, weil er die Präclusion durch eigene Schuld veranlaßt habe, indem durch den früher zwar vorhandenen, später aber weggefallenen Verhinderungsgrund die spätere Vernachlässigung der vorzunehmenden Proceßhandlung nicht entschuldigt werden könne. Im letzten Falle soll der Präcludirte zur Anbringung seines Restitutionsgesuches einen eben so langen Zeitraum haben, als der Zeitraum von dem Eintritte des Hindernisses bis zum Ablaufe der Frist beträgt, indem die unterlassene Benutzung des ersten Theiles der Frist, während dessen der Verhinderungsgrund nicht einwirkte, nicht als Schuld angerechnet werden könne, weil ihm das Recht, die Proceßhandlung in der noch übrigen Frist vorzunehmen, zugestanden habe, und ohne sein Verschulden entzogen worden sei.

---

24) Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 26. Dies ist nothwendig, damit der Richter über das Dasein der Läsion urtheilen könne. Vgl. oben.

25) Reichsdeputationsabsch. v. 1600 §. 86.

26) S. Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. III, S. 538.

Man kann aber in der erwähnten Vorschrift der Reichsgesetzgebung eine allgemeine für ganz Teutschland erlassene Verfügung nicht finden. Der ganze Zusammenhang, in welchem sich die fragliche Bestimmung befindet, ergiebt, daß sie nur eine für die Parteien, welche bei dem Kammergerichte processiren, erlassene Vorschrift ist, welche daher nicht weiter ausgedehnt werden darf. In der That hat die Praxis in mehreren teutschen Ländern schon zu Zeiten des teutschen Reiches das Reichsgesetz nur in diesem beschränkten Umfange verstanden und eine allgemeine die Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechtes über die Dauer der Restitutionsfrist für die Restitution gegen versäumte Fristen und Termine abändernde Verfügung darin nicht erblickt[27]). Wird die hiernach noch nach dem römischen und kanonischen Rechte hinsichtlich ihrer Dauer zu bemessende Restitutionsfrist eingehalten, so kann das Restitutionsgesuch sowohl vor als nach Ertheilung des Erkenntnisses angebracht werden; auch ist weder dessen Rechtskraft, noch selbst die erfolgte Execution ein Hinderniß der Restitution[28]). Das Restitutionsgesuch ist bei dem Richter anzubringen, welchem die Prüfung und Entscheidung über die Proceßhandlung, welche versäumt oder hinsichtlich welcher das Versehen vorgekommen ist, wenn sie ordnungsmäßig vorgenommen worden wäre, zugestanden hätte[29]). Eine Ertheilung der Restitution von Amtswegen findet nicht statt[30]). Zwar wird nach der Praxis häufig bei verspäteter Einreichung processualischer Schriften ohne ausdrücklichen Antrag brevi manu Restitution gegen das Versäumniß ertheilt, vorausgesetzt, daß der Restitutionsgrund und die Läsion klar vorliegen, und daß die Imploration um Ertheilung der Restitution sich sobald erwarten läßt, als das Gericht, ohne Rücksicht auf ihre actenmäßigen Bedingungen, das strenge Recht auf den unverschuldet Verletzten anwenden wollte[31]); ein Verfahren, welches man dadurch zu motiviren versucht, daß man in der den Parteischriften gewöhnlich angehängten clausula salutaris ein eventuelles Restitutionsgesuch findet[32]). Allein dieses Verfahren ist durchaus nicht zu rechtfertigen und am wenigsten genügt dazu der von der gedachten Clausel hergenommene

---

27) So ist es namentlich in den Ländern, wo der sächsische Proceß gilt, der Fall gewesen und noch jetzt werden daselbst die römischen und kanonischen Bestimmungen über die Restitutionsfrist zur Anwendung gebracht, wenn nicht specielle Landesgesetze etwas anderes bestimmen. Biener, Syst. proc. iudic. §. 126. n. 8. §. 129. n. 4. ed. 3. Osterloh, ordentl. Proc. nach kön. sächs. Rechte Bd. I, §. 96, N. 10.

28) Gensler, im Arch. f. civil. Pr. Bd. IV, S. 114. Linde, Civilpr. §. 423.

29) Burchardi, Wiedereinsetzung §. 28, S. 549. Schmid a. a. O. Bd. III, S. 539.

30) Burchardi a. a. O. §. 23, S. 421 flg.

31) Thibaut, Pand. §. 1004. Gensler a. a. O. S. 118. Burchardi a. a. O. S. 423.

32) Reinhardt, de restit. in integr. quae fit brevi manu, 1778. Siehe Burchardi a. a. O.

Grund, indem man, wenn ihr auch nicht alle Bedeutung abgesprochen werden soll[33]), doch darin keinen Antrag auf Restitution finden kann, eine Rechtswohlthat, die ohne ausdrücklichen Antrag nicht gewährt werden kann. Das Restitutionsgesuch ist dem Gegner zur Erklärung darüber mitzutheilen. Davon macht die Praxis in den Fällen, wo Restitution brevi manu ohne Antrag ertheilt wird, eine Ausnahme, die selbst in dem Falle eintritt, wenn ein ausdrücklicher Antrag auf Restitution gestellt wird und Restitutionsgrund und Läsion liquid vorliegen; eine Ausnahme, welche eben so bedenklich ist, wie die Restitution brevi manu selbst, weil der Richter nicht wissen kann, was auch bei anscheinend vorliegender Liquidität der gedachten Erfordernisse der Restitution der Gegner noch für Einwendungen habe, welche die Ertheilung der Restitution ausschließen. Daß das Verfahren nach den Grundsätzen der summarischen Procedur überhaupt geleitet werden müsse, wie Manche behaupten[34]), läßt sich nicht rechtfertigen. Am wenigsten kann heutzutage dafür der Umstand entscheiden, daß die Cognition über Restitution zur Zeit des Formularprocesses vom Magistrat ausging, da der Unterschied zwischen ordinaria und extraordinaria iudicia im neuesten römischen Rechte verschwunden ist. Die Bitte um Restitution erscheint im heutigen Processe in Form einer gewöhnlichen Klage[35]), und wenn die teutschen Juristen, weil sie einen römisch aussehenden Klagnamen für unentbehrlich hielten, das Restitutionsgesuch eine imploratio officii iudicis nannten, ohne sich daran zu kehren, daß dieser Name weder in den Quellen des römischen Rechtes vorkommt, noch zu der ursprünglichen Form des römischen Restitutionsverfahrens paßt[36]), so ist damit für das einzuschlagende Verfahren noch gar nichts entschieden und kein Grund daraus gegen die Beobachtung des gewöhnlichen Ordinarverfahrens zu entnehmen. Ebensowenig ist ein Grund dafür vorhanden, eine bloße Wahrscheinlichmachung der von dem Imploranten nachzuweisenden Momente der Läsion und des Daseins des Restitutionsgrundes für genügend zu halten[37]), eine Ansicht, welche mit der Theorie von dem hier einzuleitenden summarischen Verfahren zusammenhängt und wofür nirgends ein gesetzlicher Anhaltepunkt sich findet. In der Praxis ist man allerdings diesen Ansichten gefolgt. Es liegt aber keine Rechtfertigung für diese Praxis darin, daß der Restitutionsgrund oft leicht nachweisbar ist, wie z. B. die Minderjährigkeit. Ebensowenig kann solche darin gefunden werden, daß der Beweis der Läsion in manchen Fällen nicht schwierig ist, z. B. bei Restitutionsgesuchen gegen processualische Versäumnisse und Versehen, wo es nur der Beifügung der

---

33) Vgl. darüber Sintenis, Erl. des Civilpr. S. 621.

34) So Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. III, S. 539.

35) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 230.

36) Savigny a. a. O.

37) Wie Gensler a. a. O. S. 117, 118. Schmid a. a. O. S. 539 thun.

versäumten Proceßhandlung oder der Verbesserung des Versehens bedarf, um beurtheilen zu können, ob eine Läsion vorhanden sei. Denn hier liegt der Grund der Erleichterung des Beweises der Läsion darin, daß es nur des Anführens der versäumten Thatsachen oder der Verbesserung des früheren Anführens, nicht erst eines Beweises des neuen oder verbesserten Vorbringens bedarf, um über das Dasein der Läsion urtheilen zu können. Das angebrachte Restitutionsgesuch bewirkt, daß während der Verhandlung darüber die Lage des Hauptrechtsstreites nicht verändert werden darf[38]). Eine über das Restitutionsgesuch gefällte Entscheidung, sie mag die Restitution abschlagen oder ertheilen, schließt ein wiederholtes Restitutionsgesuch aus denselben Gründen gegen dieselbe Läsion aus[39]). Wohl aber stehen gegen die über das Restitutionsgesuch ertheilte Entscheidung die überhaupt gegen Erkenntnisse zulässigen Rechtsmittel zu[40]). Selbst wenn Versäumniß der Appellation gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß vorliegt, kann gegen diese Versäumniß Restitution gesucht werden, wozu aber doch ein neuer die Versäumniß der Appellationsfrist motivirender Grund angeführt werden muß[41]). Selbstverständlich muß dem Gegner gegen die Proceßhandlung, worauf sich die Restitution bezieht, dieselbe Vertheidigung sowie überhaupt dieselbe Proceßhandlung unbenommen bleiben, welche ihm zugestanden haben würde, wenn die im Wege der Restitution nachgeholte Proceßhandlung in dem gewöhnlichen Wege vorgenommen worden wäre. Der Erfolg dieser Verhandlungen entscheidet darüber, ob und inwieweit die in der Sache nach der Zeit, zu welcher jene Proceßhandlung ordnungsmäßig vorzunehmen gewesen wäre, gefällten Erkenntnisse abzuändern seien. Hinsichtlich der Kosten des Restitutionsverfahrens fehlt es im gemeinen Rechte an positiven Vorschriften. Die Kosten, welche durch das Restitutionsverfahren veranlaßt sind, sowie diejenigen, welche infolge der Restitution nutzlos auf das bisherige Verfahren verwendet worden sind, hat der Implorant regelmäßig zu tragen, bezüglich zu erstatten, wovon nur dann Ausnahmen zu machen sind, wenn die alleinige culpa des Imploraten diesen zur Erstattung der Kosten verpflichtet oder wegen gemeinsamer culpa beider Parteien die Compensation der Kosten gerechtfertigt erscheint[42]). Wenn aber dieselbe Regel hinsichtlich der Kosten aufgestellt wird, welche durch das infolge der ertheilten Restitution eintretende Verfahren über die jetzt erst ordnungsmäßig vorgebrachten Mittel der Rechtsverfolgung veranlaßt

38) L. 1. C. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat (II. 49. (50.))

39) Paulus sent. recept. lib. I. tit. 7. §. 3. L. 2. 3. C. si saepius in integr. rest. postul. (II. 43. (44.)) Burchardi a. a. O. §. 10, S. 124 flg. Savigny a. a. O. S. 129 flg.

40) L. 1. C eod. Burchardi a. a. O. S. 124.

41) Cap. 10. X. (I. 41.) Burchardi a. a. O. S. 125.

42) Gensler, Hdbch. zu Martin S. 396 flg. Schmid a. a. O. S. 540, N. 33.

sind und bei ordnungsmäßiger Vornahme derselben nicht entstanden wären[43]), so verdient dies keinen Beifall. Die verspätete im Wege der Restitution noch nachgelassene Geltendmachung dieser Rechtsverfolgung ist kein Grund, in die durch das darüber stattgehabte Verfahren entstandenen Kosten den Imploranten zu verurtheilen; diese Kosten sind vielmehr mit den übrigen in dem Hauptrechtsstreite erwachsenen ganz nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, indem der Implorant hinsichtlich ihrer nicht als solcher, sondern als Partei in der Hauptsache in Betracht kommt, weil er, wenngleich später, doch nur von den ihm als Partei in der Hauptsache zustehenden Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln Gebrauch macht. Die Restitution kann auch II. gegen rechtskräftige Erkenntnisse gerichtet sein (in integrum restitutio contra rem iudicatam). Sie ist nicht gegen den Ablauf der zur Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels bestimmten Nothfrist zum Zwecke der Zulassung des Gebrauches eines ordentlichen Rechtsmittels gerichtet, sondern sie ist das Rechtsmittel selbst, welches die Umstoßung eines formell giltigen rechtskräftigen Erkenntnisses als materiell ungerecht bewirken soll[44]), und zwar entweder, ohne daß der Implorant, abgesehen von der Bescheinigung eines nicht in neuen Thatsachen und Beweisen bestehenden Restitutionsgrundes, etwas anderes vollziehen will, als die juristische Deduction, das Erkenntniß verletze ihn, d. h. es sei in Bezug auf die vorhergegangenen Verhandlungen materiell ungerecht, oder indem er sogleich bei der Einwendung und Rechtfertigung der Restitution, vermöge gesetzlicher, nicht erst vom Richter durch Restitution zu ertheilender, Erlaubniß, den früheren, wirklich geschehenen Verhandlungen noch etwas hinzufügt (nova), was entweder allein oder in Verbindung mit dem Inhalte der früheren Verhandlungen das äußerlich rechtskräftige Urtheil als materiell ungerecht darstellen und unmittelbar eine Abänderung desselben bewirken soll[45]). Der Unterschied dieser Restitution von derjenigen, welche gegen Versäumnisse und Versehen im Processe gesucht wird, besteht darin, daß letztere, wenn sie auch nach gefälltem Urtheile gesucht wird, doch nie gegen das Urtheil selbst gerichtet ist, sondern nur Aufhebung des Versehens oder des Versäumnisses und Zulassung des Imploranten mit der nicht ordnungsmäßig vorgenommenen Proceßhandlung bezweckt, in dessen Folge allerdings Abänderung des schon ergangenen oder schon rechtskräftigen Erkenntnisses möglich ist[46]).

B. Von der Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse insbesondre. I. Gründe derselben. Der Zweck dieser Restitution ist, wie erwähnt wurde, nicht Beseitigung der Versäumnisse und Versehen im Processe, sondern Aufhebung eines formell

43) Gensler und Schmid a. a. O.

44) L. 42. D. (4. 4.)

45) Gensler, im Archiv für civil. Pr. Bd. IV, S. 123. Linde, Hdbch. über die Rechtsmittel Bd. II, §. 276, S. 682 flg.

46) Gensler und Linde a. d. a. O.

giltigen und rechtskräftigen, jedoch entweder nach der bisherigen Actenlage oder mit Rücksicht auf neue Thatsachen und Beweise, welche erst jetzt beigebracht werden, materiell ungerecht erscheinenden Erkenntnisses. Da ein formell giltiges und rechtskräftiges Erkenntniß vorausgesetzt wird, so kann dieses Rechtsmittel mit der Appellation, Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde nicht concurriren; ist das Urtheil noch nicht rechtskräftig, so stehen jene anderen Rechtsmittel regelmäßig zu; zur Restitution kann es nur dann kommen, wenn ein formell giltiges Erkenntniß nur wegen neuen Vorbringens als ungerecht angefochten werden kann [47]. Die Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse findet in folgenden Fällen statt: 1) Minderjährige und andere Personen, welche ihre Rechte haben [48], erhalten gegen rechtskräftige Erkenntnisse, welche nach der Lage der Verhandlungen ungerecht erscheinen, Restitution [49]. 2) Steht die Wahrheit der dem Urtheile zu Grunde liegenden Thatsachen formell juristisch fest [50], sie ist aber materiell nicht vorhanden, so ist eine Anfechtung des formell giltigen und rechtskräftigen Erkenntnisses zulässig: a) wenn erweislich ist, daß ein deferirter Eid wissentlich falsch geschworen worden ist. Die Bestimmungen des römischen Rechtes sind darüber heutzutage nicht maßgebend. Nach dem Pandektenrechte kann ein deferirter geschworener Eid, auch wenn er wissentlich falsch geschworen ist, nicht rescindirt werden, es genügt die Strafe des Meineides [51]. Nach dem Rechte des Codex und zwar in Gemäßheit einer von Justinian 532 erlassenen Constitution [52] wird ein vom Legatar oder Fideicommissar über das ihm hinterlassene Vermächtniß auf

---

47) Schmid, Hdbch. S. 541, N. 2. Dies folgt aus der subsidiären Stellung der Restitution zu anderen denselben Zweck erreichenden Rechtsmitteln. L. 16. pr. D. (4. 4.)

48) Das besondere auf L. un. C. de sent. advers. fisc. retract. (X. 9.) beruhende Recht des Fiscus, binnen drei Jahren auf retractatio der gegen ihn gefällten Erkenntnisse anzutragen, welches im Falle der praevaricatio und des dolus noch später ausgeübt werden kann, dürfte als dem öffentlichen Rechte der Römer angehörig, nicht mehr anwendbar sein, wie so manche andere Privilegien des römischen Fiscus.

49) L. 42. D. (4. 4.) wo gesagt wird, daß die Restitution bei Minderjährigen dasselbe bewirke, was die Appellation bei Großjährigen. L. 8. D. (4. 1.) L. 4. 5. C. Si adv. rem iudic. (II. 26. (27.)) Heffter, Civilpr. §. 465.

50) Steht sie formell juristisch nicht fest, z. B. der Beweis stützt sich auf Aussagen unvereideter Zeugen, auf falsche Urkunden, auf Besichtigung eines nicht zuständigen Richters, so findet Nichtigkeitsbeschwerde statt.

51) L. 21. 22. D. (4. 3.) L. 1. C. (IV. 1.) L. 15. D. (44. 1.) §. 4. Inst. (4. 13.) In der Codexstelle wird die Rescission des Erkenntnisses wegen Meineids versagt, nisi specialiter hoc lege excipiatur, eine Beschränkung, die uns nicht verständlich ist. Denn daß darin auf die durch L. 13. C. (IV. 1.) gestattete Ausnahme Bezug genommen worden sei, was sich nur auf eine Interpolation der Codexbearbeiter gründen könnte, ist nicht wohl denkbar, da schon einfach die spätere Constitution desselben Titels genügte, um diese Ausnahme anzuzeigen, eine Interpolation also offenbar überflüssig war.

52) L. 13. C. (IV. 1.)

Delation des Erben wissentlich falsch geleisteter Eid rescindirt und der Meineidige zur Restitution des Vermächtnisses verpflichtet. Ob diese Constitution, eine der 50 Decisionen, blos auf diesen einzelnen Fall zu beschränken oder als eine allgemeine Verordnung anzusehen sei, welche überhaupt Rescission eines falschen geleisteten deferirten Eides zulasse, ist bestritten [53]). Schon die unter Justinian lebenden Juristen waren darüber nicht übereinstimmender Meinung [54]). Die Basiliken geben nichts zur Entscheidung der Controverse an die Hand, da sie einfach den Auszug der Constitution vor Thaleläus wiedergeben [55]). Die spätere griechische Jurisprudenz ist entschieden für die Beschränkung der Constitution auf den darin entschiedenen Fall [56]) und dafür ist der Umstand entscheidend, daß es sich von einem außergerichtlich deferirten Eide dabei handelt [56a]), mithin für den Fall des im Processe deferirten Eides nichts entschieden wird und auch für den Fall des außergerichtlich deferirten Eides nur in dem einzelnen Falle eine Entscheidung ertheilt wird, da es lediglich sich um eine Beseitigung der für diesen Fall unter den Juristen aufgeworfenen Streitfrage handelte. Für das heutige Recht steht durch die Reichsgesetzgebung fest, daß ein wissentlich falsch geschworener, auch deferirter Eid rescindirt werden kann und der Meineidige schuldig ist, das dadurch Gewonnene herauszugeben, überhaupt den Schaden zu ersetzen [57]). b) Ebenso kann ein formell giltiges und rechtskräftiges

---

53) Das erstere nehmen an Glück, Erl. der Pand. Bd. XII, S. 251 flg. Barth, Beitr. zur Lehre vom Haupteide (Augsb. 1832) §. 21. Heß, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. f, Bd. VI, S. 139 flg.; das letztere Leyser, Med. ad. Pand. Sp. 145. m. 1. Sp. 167. m. 12 Cocceii, ius controv. lib. 12. tit. 2—9. 42. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 95. Hurlebusch, Beitr. zur Gesetzgeb. II, S. 132.

54) Vgl. den index der L. 31. D. (12. 2.) von Cyrillus (Sch. *Κυρίλλου* Basil. Heimb. T. II. p. 557.), die *παραγραφὴ* des Cobidus ad l. c. (Sch. *Γαβίδας* ibid.), die *παραγραφὴ* des Stephanus ad l. c. (Sch. *Σεφάνου* ibid.) Dieses Streites thut auch Balsamo ad Phot. Nomoc. tit. XIII. cap. 18. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. canon. T. II. p. 1118.) Erwähnung.

55) Basil. XXII. §. 25. Auch die *παραγραφὴ* des Thaleläus (Sch. *Θαλελαίου* Basil. Heimb. T. II. p. 575.) enthält nichts Behufiges, als daß es die unter den alten Juristen obwaltende Streitfrage schärfer präcisirt.

56) Balsamo ad Phot. l. c. (ap. Voell. T. II. p. 1118.)

56a) Denn sonst hätte nicht der Erbe, sondern der Legatar, dem der Beweis oblag, im Processe den Eid antragen müssen. Heß a. a. O. S. 141.

57) Peinl. Gerichtsordn. Art. 107. Vgl. Gensler, im Arch. für civil. Praxis Bd. IV, S. 119, N. 27. Linde, über die Rechtsmittel Bd. II, S. 711 und Lehrb. §. 248, N. 16. Martin, Lehrb. §. 186, N. t. Schmid, Hdbch. Bd. III, S. 542 u. N. 6. Dessen Meinung man aber nicht theilen kann. Heß a. a. O. S. 143 flg. Wenn auch diese Bestimmung zunächst eine strafrechtliche ist, so ist doch das Princip, daß wegen Meineids die Verpflichtung zum Schadenersatz eintrete, anerkannt; die anzustellende Civilklage wird also immer die actio de dolo sein müssen, so daß der Nachweis nöthig ist, es sei ein Eid wissentlich falsch geleistet worden. Eine Restitution wegen bloßer neu entdeckten Beweismittel gegen den Schiedseid ist außer dem Falle des dolus nicht statthaft; denn da der Eid mit anderen Beweismitteln nicht gleichzeitig cumulirt werden darf, der

Erkenntniß rescindirt werden, wenn dasselbe auf einem geleisteten richterlichen Eide beruht und durch neu aufgefundene Beweismittel, durch welche, wenn sie früher bekannt gewesen wären, der nothwendige Eid überflüssig geworden wäre, das Gegentheil dessen, was durch den geleisteten Eid festgestellt worden ist, bewiesen wird [58]. c) Auch vermöge neuen Vorbringens ist Anfechtung eines formell giltigen und rechtskräftigen Urtheiles zulässig. Im römischen und kanonischen Rechte kommt dieser Restitutionsgrund nicht vor; selbst wegen unentdeckter Beweismittel kann ein rechtskräftiges Urtheil nicht angefochten werden [59]) und wenn sich Manche [60]) für das Gegentheil auf Stellen des römischen Rechtes berufen, welche von novae defensiones sprechen [61]), so ist dagegen zu bemerken, daß schon nach der Rubrik des Titels, in welchem die fraglichen Stellen stehen, darunter nur neue Gründe für eine einmal abgeschlagene Restitution zu verstehen sind, sowie auch derselbe Ausdruck in der kanonischen Gesetzstelle [62]) nur neue bessere Restitutionsgründe bezeichnet [63]). Die teutsche Gesetzgebung und Praxis hat aber den Gebrauch der restitutio contra rem iudicatam dadurch erweitert, daß sie auch da, wo ein römischer Restitutionsgrund fehlte, die Restitution für begründet annahm, wenn sich der Implorant auf nova stützte, welche die Stelle der causa restitutionis vertraten. Die Veranlassung dazu gaben ohne Zweifel die im römischen und kanonischen Rechte erwähnten novae defensiones [64]). Denn in dem teutschrechtlichen Rechtsmittel des Urthelscheltens und dem daraus entstandenen sächsischen Rechtsmittel der Läuterung kann man den Ursprung dieser Restitution ex capite novorum nicht finden. Das Schelten des Urtheiles bezweckte immer nur Abänderung der gefällten Entscheidung, weil der dem Urtheile zum Grunde gelegte Rechtssatz als unrichtig angefochten wurde und der das Urtheil Scheltende auf eine reinere lautere Quelle des Rechtes, welche den wahren hier anwendbaren Rechtssatz enthalte, sich berief [65]). Der Gedanke, daß ein Urtheil wegen neuer Thatsachen und Beweismittel

---

Beweisführer also nur die Wahl zwischen Eid oder äußerem Beweis hat, so kann selbst der Mangel äußerer Beweismittel eine Restitution gegen den Eid, wenn solche sich später finden, nicht begründen.

58) L. 31. D. (12. 2.) S. Gensler a. a. O. S. 119. Linde, über die Rechtsmittel Bd. II, S. 696. Lehrb. a. a. O. Martin a. a. O. Schmid a. a. O. S. 542 flg.

59) L. 4. C. (VII. 52.) cap. 20. 21. X. (II. 27.) Nur der Fall eines geleisteten nothwendigen Eides und ein anderer nicht klarer, wenn ein negotium publicum in Frage ist, sind die Ausnahmen. L. 31. D. (12. 2.) L. 35. D. (42. 1.) Gensler a. a. O. S. 120.

60) Z. B. Linde, über die Rechtsm. Bd. II, S. 696.

61) L. 2. 3. C. si saep. in int. rest. postul. (II. 43. (44.))

62) Cap. 10. X. (I. 41.)

63) Gensler a. a. O. S. 125 flg. Hiermit stimmt Linde, über die Rechtsm. Bd. II, S. 702 in Bezug auf das kanonische Recht überein.

64) Gensler a. a. O. S. 127 flg.

65) Planck, Lehre vom Beweisurtheil S. 15 flg.

angefochten und aufgehoben werden könne, ist dem altteutschen Processe ganz fremd, da sowohl die Thatsachen, welche eine Partei zum Angriff oder Vertheidigung anführen wollte, als die Beweismittel für dieselben vor dem Beweisurtheile angegeben werden mußten, so daß das Beweisurtheil nur darüber erkannte, welche Partei das Recht habe, zum Beweise gelassen zu werden, und mit welchen vorher angebotenen Beweismitteln sie den ihr zuerkannten Beweis zu führen habe, daher das Endurtheil nur die Folgen des Beweisurtheiles auszusprechen hatte, nämlich die, ob die durch das Beweisurtheil zum Beweise für berechtigt erklärte Partei den ihr zuerkannten Beweis durch diejenigen Beweismittel, deren Gebrauch das Beweisurtheil bestimmt hatte, erbracht habe oder nicht[66]). Es hängt dies mit dem Charakter des altteutschen Beweisurtheiles zusammen, welches den Schwerpunkt des ganzen Processes ausmachte und wenn es nicht gescholten war, die unabänderliche Richtschnur für den ferneren Ausgang des Processes bildete. Die Rücksicht auf nova war schon deshalb nicht möglich, weil die Parteien von dem Beweisurtheile alles zu ihrer Vertheidigung Behufige vorbringen mußten, sowie die Beweismittel dafür. Dazu kam, daß die Hauptbeweismittel im altteutschen Processe die eidliche Versicherung der Partei selbst für ihre Behauptung war und das Beweisurtheil hauptsächlich die Frage feststellte, welche der Parteien näher zum Eide sei. Hiervon war die Folge, daß ein directer Gegenbeweis nicht stattfand, sondern es nur darauf ankam, welcher der Parteien der Eid zuerkannt war und das Endurtheil nur davon abhing, ob sie den zuerkannten Eid geleistet hatte oder nicht. Es konnte daher eine Rescission des Urtheiles auf Grund neuentdeckter Thatsachen oder Beweismittel nicht vorkommen. Das aus dem Urtheilschelten entstandene sächsische Rechtsmittel der Läuterung hat hier nichts Eigenthümliches. Da das älteste sächsische Proceßgesetz, die kursächsischen Constitutionen von 1572, in der Appellationsinstanz neue Beweisführung ausschloß[67]), so konnte um so weniger bei der Läuterung davon die Rede sein. In der teutschen Praxis herrschte über den Begriff der nova, welche man auf den Grund der römischen und kanonischen Bestimmungen über die novae defensiones zulassen zu müssen glaubte, eben solche Ungewißheit, wie über das, was unter den novae defensiones zu verstehen sei, und daher stieg der Gebrauch der in integrum restitutio contra rem iudicatam bis zum Unfug und bis zur gänzlichen Unsicherheit aller rechtskräftigen Urtheile. Die Reichsgesetzgebung suchte diesem entgegenzutreten. Zuerst wurde bestimmt, daß wenn jene Restitutionen aus Gefährde oder blos mit Bezug auf frühere Verhandlungen oder zwar aus neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen gesucht würden, mit der Execution vorgeschritten und der Implorant in

---

66) Planck a. a. O. S. 27 flg., 46 flg.
67) Const. elect. Saxon. 21. P. I.

die Kosten verurtheilt werden solle[68]. Darüber, welches neue Vorbringen als unerheblich und zulässig zu betrachten sei, sprach sich erst ein gemeiner Bescheid des Reichskammergerichtes vom 7. Juli 1669 bestimmt aus[69], im wesentlichen dahin: die Procuratoren sollten sich der mit der Restitution getriebenen Mißbräuche enthalten, sollten nichts, was in facto et iure schon da gewesen, wiederholen, sondern einzig und allein die in facto emergirenden nova oder neuen Beweise, kurz und nervös einführen und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur Ablegung des Eides: „daß sie von dem neuen Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeinet" jederzeit gefaßt erscheinen. Ein gemeiner Bescheid vom 7. Juli 1771 bestimmte die Zeit, zu welcher der Restitutionseid geschworen werden sollte, nämlich in primo termino, wie der Appellationseid sowie auch die Eidesformel, welche im wesentlichen die frühere ist[70]. Merkwürdig ist, daß während nach gemeinem teutschen Processe infolge dieser Bestimmungen die Anfechtung eines rechtskräftigen Erkenntnisses ex capite novorum als Rechtsmittel der Restitution betrachtet wird, dem sächsischen Processe der Gesichtspunkt der Restitution hier gänzlich fremd ist, es vielmehr in diesem als eine sich von selbst verstehende gesetzliche Befugniß betrachtet wird, neue Thatsachen, von denen ein streitender Theil seiner eidlichen Versicherung nach erst später Kenntniß erhalten hat, in jedem Proceßstadium vorzubringen, was sowohl von Einreden, Repliken u. s. w. gilt[71], als von neuentdeckten Beweismitteln[72]. Die Voraussetzungen der restitutio ex capite novorum sind nun nach der gemeinrechtlichen Theorie folgende: aa) es müssen neue, d. h. in den vorigen Verhandlungen noch nicht vorgebrachte[73] Thatsachen oder Beweise, d. h. Beweismittel, angeführt oder vorgebracht werden[74]. Neue Rechtsnormen, so weit sie nicht selbst auf Thatsachen beruhen und daher auch des Beweises bedürftig sein können, wie z. B. Ge-

---

68) Deputationsabschied v. 1533 §. 4. Diese Bestimmung ging auch in die Kammergerichtsordn. Th. III, Tit. LII über.

69) S. des Kammergerichtes Gemeine Bescheide u. s. w. v. J. 1495—1711. Wetzlar 1717 N. 180, S. 91 flg. Er ist auch wörtlich ausgedrückt bei Linde, über die Rechtsmittel Bd. II, S. 708—710.

70) Dieser gemeine Bescheid ist abgedruckt bei Linde a. a. O. S. 710 flg.

71) Alt. kurs. P. O. Tit. XI, §. 10. Ernest. P. O. P. I. Cap. 2, §. 13. Eisen. P. O. Tit. IV, §. 16. Altenb. und Goth. P. O. P. I. Cap. 3, §. 5.

72) Alte kurs. P. O. Tit. XXIV, §. 1. Erl. P. O. Tit. XXIV, §. 3. Ernest. P. O. P. I. Cap. 10, §. 23. Eisen. P. O. Tit. XIII, §. 11. Anhalt. P. O. Tit. X. Vgl. Heimbach, Lehrb. d. sächs. bürg. Proc. Bd. I, §. 104.

73) Der gemeine Bescheid vom 7. Juli 1669 verbietet ausdrücklich bei der Restitution Anführen des in den vorigen Verhandlungen schon Enthaltenen. Vgl. Gönner, Hdbch. des gem. teutschen bürgerl. Proc. Bd. III, S. 501. Linde a. a. O. S. 715. Gensler a. a. O. S. 130.

74) Linde a. a. O. S. 715. Gensler a. a. O. S. 130.

wohnheitsrecht, nicht promulgirte Gesetze, wie Privilegien[75]), sind zur Begründung dieser Restitution nicht geeignet, neue promulgirte Gesetze schon deshalb nicht, weil sie keine rückwirkende Kraft haben[76]). Ebensowenig darf das neue Vorbringen in dem Anführen von Gesetzen, welche in den bisherigen Verhandlungen und im Erkenntnisse keine Berücksichtigung gefunden haben, oder in neuen Deductionen noch nicht entwickelter Rechtssätze bestehen, weil, wenn der Richter nur in iure irrt, die wahre Lage der Sache kannte, aber die richtigen Gesetze nicht gekannt oder die richtigen falsch angewendet hat, wohl das Rechtsmittel der Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde begründet ist, nicht aber das der Restitution wegen neuen Vorbringens, welches vielmehr Unkenntniß der wahren Verhältnisse der Sache von Seiten des Richters bei Ertheilung seines Erkenntnisses voraussetzt[77]). Da aber die Restitution wegen neuen Vorbringens neue Thatsachen oder Beweise verlangt, so genügt es schon zur Begründung der Restitution, wenn in den vorigen Verhandlungen vorgekommene Gründe durch neue bessere Beweise unterstützt oder zur Widerlegung dieser Gründe, welche den Richter zu seiner Entscheidung bewogen haben und welche der Implorant vorher zu beseitigen nicht im Stande war, neue bessere Gegenbeweise beigebracht werden[78]). Außer diesem Falle kann man auf früher Vorgebrachtes keine Restitution begründen, am wenigsten unter dem Vorwande, daß diese Gründe in den früheren Verhandlungen zwar angeführt, aber nicht ausgeführt seien, weil auf die Ausführung eines Satzes nichts ankommt, sondern der Richter jeden von den Parteien angeführten Umstand ohne Rücksicht auf die damit verbundene Ausführung, nach seiner Erheblichkeit bei der Entscheidung zu berücksichtigen hat[79]). Liegen dieselben Thatumstände zum Grunde, es wird ihnen aber ein anderer rechtlicher Grund, worüber seither noch nicht erkannt ist, untergelegt, so kann dies im Wege der Restitution nicht geschehen, nicht wegen Mangels von nova, sondern weil durch die Veränderung des rechtlichen Grundes der Forderung ein neuer vom vorigen unabhängiger, bis jetzt unentschiedener Proceß entsteht und es an der Identität des Streitgegenstandes, der Voraussetzung aller Rechtsmittel,

---

75) Cramer, observ. T. I. obs. 367. Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 66, S. 503. Linde a. a. O. S. 718.

76) Gensler a. a. O. S. 130, 131. Linde a. a. O. S. 717 flg.

77) Gönner a. a. O. S. 502. Linde a. a. O. S. 716.

78) Gönner a. a. O. S. 503 flg. Linde a. a. O. S. 716 flg. Gensler a. a. O. S. 133.

79) Der Visitationsabschied von 1713, welcher von Einigen zur Unterstützung der Ansicht, daß neue Deductionen früher schon angeführter, aber nicht ausgeführter Sätze diese Restitution begründen, angezogen wird, kann schon deshalb nicht dafür angeführt werden, weil nach dem J. Reichsabschiede §. 96 Rechtsausführungen in der Regel überflüssig sind. Gönner a. a. O. S. 504 flg. Linde a. a. O. S. 717 flg.

fehlt[80]). Es kann daher eine Klagenänderung nicht als Grund der Restitution benutzt werden[81]), wohl aber neue Einreden, Repliken und Dupliken, mit denen der Implorant präcludirt worden ist, weil eben die Restitution das Mittel ist, solche Präclusion unter Umständen wieder aufzuheben[82]) und gar nicht abgesehen werden kann, auf welchem anderen Wege, als durch Restitution, hier geholfen werden könnte. Endlich kann die Nichtbeachtung der in den früheren Verhandlungen vorgekommenen Umstände bei der richterlichen Entscheidung, aus welchem Grunde diese Restitution am häufigsten gesucht wird, dieselbe nicht begründen, weil der Richter jeden von den Parteien angeführten Umstand bei der Entscheidung zu berücksichtigen und dessen Erheblichkeit zu prüfen hat, die Nichtberücksichtigung daher wohl eine Beschwerde begründet, deren Hebung aber durch ein anderes Rechtsmittel, als durch diese Restitution, zu versuchen ist[83]). bb) Das neue Vorbringen muß erheblich sein, d. h. so beschaffen, daß der Richter dadurch zur Abänderung der früher von ihm gefällten Entscheidung bewogen werden kann, weil die Restitution dadurch begründet wird, daß es dem Richter an der Vorlage der wahren Umstände gefehlt habe, welche, wenn er sie zur Zeit des früheren Urtheiles schon gekannt hätte, ihn zu einer anderen Entscheidung bewogen haben würden[84]). cc) Die um Restitution suchende Partei muß das neue Vorbingen nicht gekannt haben, wobei es ebensowenig darauf ankommt, ob die Nichtkenntniß unverschuldet war, da die Reichsgesetzgebung solches nicht verlangt, noch darauf, ob sie die nova schon vorher besaß oder nicht[85]), oder die Partei muß vermeint haben, daß das neue Vorbringen zu der Sache nicht dienlich sei[86]), und eines von beiden muß sie durch den sog. Restitutionseid versichern[87]). dd) Was insbesondre das Vorbringen neuer Be-

80) Gönner a. a. O. S. 505 flg. Linde a. a. O. S. 718.

81) Gensler a. a. O. S. 130. Linde a. a. O. S. 718 flg.

82) Bickell, Beitr. zum Civilpr. Bd. I, S. 173—175. Linde a. a. O. S. 719. Dagegen läßt Gensler a. a. O. S. 130 neue Einreden u. s. w. zur Begründung der Restitution nicht zu, so wenig wie als nova bei der Appellation.

83) Gönner a. a. O. S. 502 flg., 504 flg. Linde a. a. O. S. 719 flg.

84) Gönner a. a. O. S. 500 flg. Gensler a. a. O. S. 130. Linde a. a. O. S. 714 flg.

85) Gönner a. a. O. S. 509 flg.

86) Gönner a. a. O. S. 507 flg.

87) Gem. Bescheid v. 7. Juli 1669 und v. 7. Juli 1671 mit der beigefügten Eidesformel. Die Entschuldigung, man habe nicht geglaubt, daß es nöthig sei, dies oder jenes anzuführen oder beizubringen, anzunehmen, ist zwar von der politischen Seite bedenklich; allein bei der bestimmten Fassung der vorgeschriebenen Eidesformel ist darüber nicht hinwegzukommen. Gönner a. a. O. S. 508. Daß der Restitutionseid von dem in dem J. Reichsabschiede §. 118 eingeführten Appellationseide doch ungeachtet des ziemlich gleichen Inhaltes in seiner Veranlassung, seinem Fundamente, seiner Abfassung, seinem Zwecke, der Nothwendigkeit der Ableistung und der dazu verpflichteten Personen wesentlich verschieden sei, zeigt Linde a. a. O. Bd. I, S. 497 flg. Im sächsischen Processe wird das iusiurandum novorum nur darauf gerichtet, daß man die neuen That-

weise[87a]) anlangt, so ist, wenn die Restitution auf den Grund neuer des Beweises bedürftigen Thatsachen gesucht wird, zu welchem Beweise entweder die früheren Beweismittel oder auch nur neue Beweismittel benutzt werden, diese Beweisführung der neuen Thatsachen den Bestimmungen nicht unterworfen, welche bei der Anwendung neuer Beweismittel als Restitutionsgründe, gelten; denn der Restitutionsgrund besteht nicht in den neuen Beweismitteln, sondern allein in den neuen Thatsachen[88]). Der Producent ist daher bei der etwa nöthigen neuen Beweisführung der neuen Thatsachen und bei der etwa nöthigen Anwendung neuer Beweismittel in der Wahl dieser Beweismittel keiner Beschränkung unterworfen; es stehen ihm alle zulässigen Beweismittel mit Einschluß des Eidesantrages zu[89]). Wird aber die Restitution durch das Vorbringen neuer Beweismittel für die in den dem angefochtenen Erkenntnisse vorhergegangenen Verhandlungen schon vorgekommenen Thatsachen begründet, so muß der Beweisführer die Beweismittel, welche er zum Beweise dieser Thatsachen gebrauchen will, vorher nicht gekannt oder wenigstens zu der Sache nicht für dienlich erachtet haben, und es ist eines von beiden durch den Restitutionseid zu versichern[90]). Sind diese Voraussetzungen der Restitution vorhanden, so fragt es sich, ob die Restitution wegen aller Beweismittel ohne Unterschied stattfinde. Unbestritten ist dies wegen Urkunden der Fall[91]); es entscheiden aber die für die Restitution wegen Urkunden sprechenden Gründe auch für die Restitution wegen anderer Beweismittel[92]), namentlich wegen

---

sachen oder Beweismittel vorher nicht gekannt habe. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 82, 104.

87a) Als solche sind neue Ausführungen schon vorliegender Beweisgründe nicht anzusehen, obwohl eine Verbindung des früheren Beweises mit dem Resultate des neuen zulässig ist. Die Worte des gemeinen Bescheides v. 7. Juli 1671 „ohne Wiederholung desjenigen, so allbereit in facto et iure vorkommen" schließen nur Begründung der Restitution durch bloße Wiederholung früher schon vorgekommener Thatsachen und Rechtsgründe aus, nicht aber Verbindung neuer Thatsachen oder Beweismittel mit der schon früher vorgebrachten. Gensler a. a. O. S. 130, N. 80.

88) Gensler a. a. O. S. 131. Linde a. a. O. S. 722.

89) Gensler und Linde a. a. O. Ueber die Beschränkung des iuramentum novorum auf den Mangel der Kenntniß der neuen Beweismittel im sächsischen Processe vgl. N. 87.

90) Allerdings wird dadurch die Präclusivkraft der peremtorischen Beweisfrist aufgehoben. Gensler a. a. O. S. 132 flg. Es mag auch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus das Vorbringen von Beweismitteln, welche der Implorant früher beizubringen nicht für dienlich erachtet hat, für unzweckmäßig erachtet werden; allein der darüber im positiven gemeinen Procesrechte giltige Rechtssatz wird dadurch nicht abgeändert. Linde a. a. O. S. 722. Im sächsischen Processe hat allerdings die gesetzliche peremtorische Natur der Beweisfrist, einer Nothfrist, die Nachbringung der Beweismittel, welche der Beweisführer während derselben beizubringen nicht für dienlich erachtet hat, ausgeschlossen.

91) Urkunden sind im gemeinen Bescheide vom 7. Juli 1669 ausdrücklich genannt.

92) Daß der gemeine Bescheid vom 7. Juli 1669 nur Urkunden nennt, ist

Zeugen, ohne daß hier die Eröffnung des Zeugenrotuls entgegensteht[93]); auch ist bei Zeugen die Restitution nicht auf bisher dem Producenten unbekannt gewesene Zeugen zu beschränken, sondern auch wegen Zeugen, die derselbe gekannt, aber zu produciren nicht für dienlich erachtet hat, zu gestatten[94]). Die Restitution wegen früher unterlassenen Eidesantrages ist auf den Fall zu beschränken, wenn die Nichtbenutzung des Eidesantrages darin ihren Grund hatte, daß der den Proceß führende Procurator zur Eidesdelation durch die Vollmacht nicht autorisirt war[95]), nicht aber auf den Fall auszudehnen, wenn der Implorant den Eid früher anzutragen seiner eidlichen Versicherung nach nicht für dienlich erachtet hat[96]), weil dem Imploranten es jedenfalls als Schuld angerechnet werden muß, daß er bei der früheren Beweisführung von der eventuellen Eidesdelation keinen Gebrauch machte, an deren Vornahme ihn nichts hindert, während die Nichtbenutzung anderer bekannter Beweismittel bei der früheren Beweisführung ihre guten Gründe haben kann. Partikulargesetze beschränken häufig die neuen Beweismittel auf Urkunden, während andere Zeugen und Urkunden zulassen[97]).

II. Verfahren bei der Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse. Das Restitutionsgesuch muß alle Momente enthalten, welche die Voraussetzungen zur Ertheilung der Restitution

---

kein Grund, die Restitution wegen anderer Beweismittel zu versagen. Linde a. a. O. S. 724.

93) Zwar verbieten das römische und kanonische Recht nach Eröffnung der Zeugenaussagen nochmalige Production von Zeugen über denselben Beweissatz, sei es für oder wider; das kanonische Recht verbietet es selbst in der Appellationsinstanz. Nov. 90. cap. 4. §. 1. cap. 17. 19. 25. 29. 35. 36. 38. 48. 55. X. (II. 20.) Clem. 2. de test. (II. 8.) Allein unerweislich ist, daß dies auch da Anwendung gefunden habe, wo man sub specie instrumentorum postea repertorum (unter instrumenta werden auch Zeugen verstanden. L. 1. D. (22. 4.)) Restitution suchte, aber die Zulässigkeit setzte jedenfalls neuaufgefundene, also dem Producenten früher nicht bekannte Zeugen voraus. Linde a. a. O. S. 723 flg.

94) Gensler a. a. O. S. 132, N. 78. Dagegen spricht sich Linde a. a. O. S. 724 für die Beschränkung auf dem Producenten vorher nicht bekannte Zeugen auch nach dem gem. Bescheide vom 7. Juli 1669 aus; mit Unrecht, da er sonst eine gleiche Beschränkung auch bei Urkunden annehmen mußte, was er doch nicht thut. Auch kann die Eröffnung der Zeugenaussagen nicht entgegenstehen, daß die Restitution wegen bekannter Zeugen, die der Producent nicht für dienlich erachtet hat, zugelassen werde. Derselbe kann die Benennung dieser Zeugen bei der früheren Beweisführung unterlassen haben, weil er die dabei benannten für hinreichend erachtete und die Kosten nicht vermehren wollte; da er aber im voraus nicht weiß, wie die benannten Zeugen aussagen werden und ihre Aussagen erst durch die Eröffnung des Zeugenrotuls erfährt, so kann ihm auch aus der unterlassenen Benennung anderer bekannter Zeugen kein Vorwurf gemacht werden, der ihn von der Restitution ausschließen könnte.

95) Bickell, Beitr. zum Civilproc. Bd. I, S. 173. Linde a. a. O. S. 723.

96) Wie Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. III, §. 245, N. 29, S. 550 annimmt.

97) Vgl. über die sächsischen Processgesetze Heimbach, sächs. bürgerl. Pr. Bd. I, §. 104.

bilden, also die Behauptung einer Läsion, welche in der Ausführung zu rechtfertigen ist, einen genügenden Restitutionsgrund, sowie den Antrag auf Rescission und Abänderung des rechtskräftigen Erkenntnisses; auch das Erbieten zum Restitutionseide[98]). Ein Restitutionsgesuch ist unter allen Umständen nothwendig; von Amtswegen wird gegen rechtskräftige Entscheidungen nicht restituirt[99]). Die Frist zum Ansuchen um die Restitution[100]) gegen rechtskräftige Erkenntnisse[101]) beträgt vier Jahre. Ihr Anfang wird berechnet von der Zeit an, wo das Erkenntniß in Rechtskraft getreten ist, oder, wenn die Partei erst später ohne ihre Schuld davon Kenntniß erlangt, von der Zeit der von der Läsion er-

98) Das Erbieten zum Restitutionseide bestimmen die gemeinen Bescheide vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671.

99) Linde a. a. O. Bd. II, §. 284, S. 732.

100) Im römischen und kanonischen Rechte ist das quadriennium restitutionis nicht blos die Frist zum Ansuchen um Restitution, sondern es soll auch innerhalb derselben die Verhandlung darüber beendigt werden. L. 7. C. de tempor. in integr. restit. (II. 52. (53.)) Clem. un. (I. 11.) Diese letztere Bestimmung hängt mit der von Justinian eingeführten Proceßverjährung L. 13. C. (III. 1.) zusammen. Vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 503 flg. Linde a. a. O. S. 726 flg. Sie ist mit der Proceßverjährung, die in Teutschland nicht recipirt worden ist, ebenfalls in der Praxis nicht anerkannt worden. Burchardi a. a. O. S. 506, 507. Sintenis, gem. prakt. Civilr. Bd. I, §. 36, N. 120, S. 388 flg. Heffter, Civilproceßrecht §. 471, S. 573, Ausg. 2. Es wird daher nur Anbringen des Restitutionsgesuches innerhalb der Frist verlangt. Glück, Erl. der Pand. Bd. V, S. 443 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, S. 10. Linde a. a. O. Heffter a. a. O.

101) Das für die Restitution der Minderjährigen und die restitutio maiorum von Justinian in L. 7. C. de tempor. in integr. restit. (II. 52. (53.)) vorgeschriebene quadriennium continuum wird, obwohl es bestritten ist, jetzt auf alle Restitutionen bezogen. Burchardi a. a. O. S. 509—514. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 256. Hinsichtlich der teutschrechtlichen Restitution wegen neuen Vorbringens ist deren Beschränkung auf eine vierjährige Frist allgemein anerkannt und namentlich waren die Cameralschriftsteller dafür. Gensler a. a. O. S. 136. Linde a. a. O. S. 727 flg. Bayer, Vortr. über den ordentl. Proc. S. 689, Ausg. 7. Heffter, Civilproceßrecht §. 471, S. 571, Ausg. 2. Für die Restitution wegen falschen Eides behaupten Manche eine Verjährungsfrist von 30 Jahren, weil sie nicht im prätorischen, sondern im Civilrechte begründet sei. Gensler a. a. O. S. 134, 135. Glück, Erl. der Pand. Bd. V, S. 445. Allein bei der Gewährung der Restitution durch kaiserliche Constitutionen oder Gerichtsbrauch kann, wie schon Andere bemerkt haben, die Absicht nur die gewesen sein, eine besondere Anwendung der im prätorischen Edicte enthaltenen sog. clausula generalis zu machen und festzustellen; es giebt auch keine eigentlichen Civilrestitutionen, sondern die darunter von Manchen begriffenen Fälle sind entweder gar keine Restitutionsfälle, oder Anwendungen der prätorischen Restitution, welche die Juristen, der Senat und die Kaiser in gewissen Verhältnissen gemacht haben, ebenso wie der Prätor selbst die Anwendung der im allgemeinen zugesagten Restitution in dem einen oder anderen Falle für nothwendig erklärt hat. Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Rechtes Bd. III, §. 101. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, S. 18. Vangerow, Leitfaden Bd. I, §. 175. Bickell, Beitr. zum Civilpr. Bd. I, S. 123, N. 6. Linde a. a. O. S. 727. Schmid, Hdbch. Bd. III, §. 246, N. 5, S. 553.

haltenen Kenntniß[102]), oder von dem Zeitpunkte der Entdeckung der neuen Thatsachen oder Beweismittel, wenn dieser später eintritt und Restitution wegen neuen Vorbringens gesucht werden soll[103]), bei Minderjährigen von dem Eintritte der Volljährigkeit[104]). Die gesuchte Restitution contra rem iudicatam schiebt die noch nicht vollzogene Execution des rechtskräftigen Erkenntnisses in der Regel auf[105]). Nur wenn durch die Art der Begründung des Restitutionsgesuches Verdacht der blos aus Chicane, um die Sache zu verzögern, gesuchten Restitution

---

102) Obwohl auf die Kenntniß von der Läsion eigentlich bei der Verjährung nichts ankommt (Savigny, Syst. Bd. VII, S. 248—251), so wird doch für den Fall, daß die Partei ohne ihre Schuld von der Rechtskraft des Erkenntnisses nichts erfährt, eine Ausnahme gemacht werden müssen. Zwar würde hier auch Restitution gegen den Ablauf des quadriennium, wenn man solches von der Rechtskraft des Erkenntnisses berechnet, gesucht werden können; kürzer und zweckmäßiger aber ist es, die Restitutionsfrist erst von der Zeit der von der Läsion erhaltenen Kenntniß zu berechnen, vorausgesetzt, daß der Implorant seine Schuldlosigkeit daran, daß er nicht früher von der Rechtskraft des Erkenntnisses Notiz bekommen, nachweist.

103) Bayer a. a. O. S. 689. Linde a. a. O. S. 731, 732. Einige berechnen die vierjährige Frist bei der Restitution wegen neuen Vorbringens immer von eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses, Andere immer von dem Zeitpunkte der Entdeckung der nova. Allein am richtigsten ist die Berechnung des Anfanges von der Zeit der Entdeckung der nova, so daß der Eintritt der Rechtskraft nur dann als Anfangspunkt des Laufes der Frist anzusehen ist, wenn der Implorant die neuen Behelfe schon während der bisherigen Verhandlungen kannte und nur beschwören kann, daß er solche früher vorzubringen nicht für dienlich erachtet habe. Gensler, Comment. Bd. II, S. 188, N. 2. Linde a. a. O. S. 732. Bayer a. a. O. S. 689, 690. Die Meinung von Riedesel, Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichtes S. 94 und von Gönner, Hdbch. Bd. III, S. 516, daß der Anfang der Frist bei dieser Restitution vom Tage der Rechtskraft des Urtheiles laufe, außer wenn erst nach Ablauf der vier Jahre von dieser Zeit an die nova aufgefunden wurden, welchenfalls die Frist vom Tage der Entdeckung an laufe, kann nicht gebilligt werden. Der Anfang der Frist wegen früher nicht bekannter nova kann immer erst von der Entdeckung derselben berechnet werden; denn erst mit dem Augenblicke der Entdeckung liegt die Läsion vor, welche nicht in dem rechtskräftigen Erkenntnisse an sich liegt, sondern in dessen dem neuen Vorbringen gegenüber materiell ungerechten Inhalte, dessen Ungerechtigkeit erst durch das neue Vorbringen constatirt wird.

104) Vorausgesetzt, daß der Grund der Restitution contra rem iudicatam eben blos die Minderjährigkeit ist.

105) L. 1. C. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat. (II. 49. (50.)) L. 32. C. (II. 4.) Gensler, im Archiv für civil. Pr. Bd. IV, S. 143. Bayer a. a. O. S. 691. Burchardi a. a. O. S. 427. Linde a. a. O. S. 733. Dagegen beschränkt Heffter a. a. O. S. 572 nach dem römischen Rechte den Suspensiveffect blos auf Restitutionsgesuche wegen Minderjährigkeit und Abwesenheit und läßt die Aussetzung der Execution nach Maßgabe der vorgebrachten Beweise vom Ermessen des Richters abhängen, wie es scheint, ohne Grund, da L. 1. C. cit. ohne Zweifel einen allgemein anerkannten Rechtssatz enthält, wie schon aus der Fassung hervorgeht: postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec ea res finiatur, perspicui iuris est. Auch die Rubrik des Titels entscheidet dafür.

entsteht, kann auf Antrag des Siegers gegen eine von diesem zu leistende Caution, daß er das iudicatum restituiren wolle, wenn der Gegner die Restitution wirklich verlangen sollte, das Urtheil vollstreckt werden[106]). Das Gericht, bei welchem um Restitution nachzusuchen ist, ist nach der gemeinen Meinung dasjenige, von welchem das Erkenntniß, gegen welches um Restitution gebeten wird, ausgegangen ist, und auch dieses allein soll zur Leitung des Restitutionsverfahrens, zur Prüfung des Restitutionsgesuches und zur endlichen Entscheidung darüber competent sein[107]). Diese Ansicht bedarf eben einer genaueren Bestimmung. Der Richter, von welchem das angefochtene Erkenntniß, gegen welches um Restitution gebeten wird, ausgegangen ist, ist nicht immer der Richter erster Instanz, dessen Entscheidung möglicher Weise eine solche war, daß es keiner Restitution dagegen bedurfte, sondern oft der Richter höherer Instanz. Da nun aber die Vertheidiger der gemeinen Meinung darin einverstanden sind, daß der Partei, namentlich dem Gegner das Recht der ersten Instanz nicht entzogen werden kann und aus diesem Grunde sich gegen das Anbringen des Restitutionsgesuches bei dem höheren Richter erklären[108]), so ist die gemeine Meinung dahin genauer zu präcisiren, daß der Richter, vor welchem die Hauptsache in erster Instanz anhängig ist, auch derjenige ist, vor welchem unter allen Umständen das Restitutionsgesuch angebracht werden muß, gleichviel ob die Restitution gegen ein von ihm gesprochenes und wegen unterlassener Einwendung eines Rechtsmittels rechtskräftig gewordenes, oder gegen ein in höherer Instanz bestätigtes oder von der unterrichterlichen Entscheidung abweichendes Erkenntniß gesucht wird. Es gilt dies ganz besonders von der Restitution wegen nova, wo eine neue umständliche und gründliche Prüfung der Sache mit Rücksicht des neuen Vorbringens erfolgen muß und daher das beneficium primae instantiae keineswegs entzogen werden darf. Derselbe Richter erster Instanz im Hauptprocesse ist zur Leitung der Verhandlungen über das Restitutionsgesuch und zur endlichen Entscheidung darüber zuständig, wenn auch gegen ein oberrichterliches Erkenntniß Restitution gesucht wird[109]). Wenn nach vor=

---

106) Cap. 6. X. (I. 41.) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. LII. Gem. Bescheid v. 17. Juli 1760. Gensler, Bayer, Burchardi, Linde a. d. a. O. Auch Heffter a. a. O. S. 572 nimmt an, daß nach kanonischem Rechte und den Reichsgesetzen die Execution nach richterlichem Ermessen mit oder ohne Caution geschehen könne.

107) Man beruft sich deshalb auf einen Plenarbeschluß des ehemaligen Reichskammergerichtes v. 7. April 1702 bei Lauterbach, coll. theor. pract. lib. LIX. tit. VIII. §. 9. Dieser Ansicht sind Gönner, Hdbch. Bd. III, S. 510 flg. Gensler a. a. O. S. 138. Linde a. a. O. S. 732 flg.

108) Gönner a. a. O. S. 512. Gensler a. a. O. S. 138. Auch der Plenarbeschluß des Kammergerichtes vom 7. April 1702 sprach sich dahin aus, daß gegen Erkenntnisse der Unterrichter das Rechtsmittel der Restitution bei dem Kammergerichte nicht anerkannt werden könne.

109) Der römische Unterschied der Behörden, welche Restitution ertheilen konnten oder nicht, letzteres entweder im allgemeinen nicht, oder nur gegen

gängiger Prüfung das Restitutionsgesuch sofort als unstatthaft oder unbegründet erscheint, so verwirft es der Richter sofort; im entgegengesetzten Falle fertigt er dasselbe dem Gegner zur Erklärung darüber zu [110]). Nach ordnungsmäßigem Gehör beider Theile und nach Führung der etwa nothwendigen Beweise erfolgt die Entscheidung [111]). Der Streit darüber, ob ein besonderes vom iudicium rescindens unterschiedenes iudicium rescissorium stattfinde [112]), ist für das jetzt praktische Recht ohne Bedeutung, weil auch bei dem Rechtsmittel der Restitution, ebenso wie bei Restitutionen gegen Versäumnisse das Restitutionsgesuch in demselben Processe, in welchem der durch die Restitution zu beseitigende Nachtheil entstanden ist, verhandelt wird und vom Gerichte bei begründet gefundener Restitution sofort das nach Beseitigung des Hindernisses zu Erkennende auszusprechen ist [113]). Es versteht sich von selbst, daß eine Entscheidung über das Restitutionsgesuch dann wegfällt, wenn der Implorant, wie ihm zu jeder Zeit freisteht, darauf verzichtet, indem der Gegner dadurch, daß die Restitution einmal gesucht worden ist, kein Recht darauf erhält, daß dieselbe nun wirklich durch Erkenntniß abgewiesen oder gewährt werde [114]). Die Rechtsmittel gegen eine das Restitutionsgesuch als unzulässig oder unbegründet verwerfende oder eine dasselbe für begründet achtende, die Restitution ertheilende und das angefochtene Erkenntniß abändernde Entscheidung sind für die dadurch sich beschwert erachtende Partei die gewöhnlichen [115]).

Erkenntnisse und Verfügungen höherer Behörden nicht, (vgl. Burchardi a. a. O. §. 28, S. 537 flg.) ist in Teutschland nie beachtet worden, schon deshalb nicht, weil er mit der römischen Gerichtsverfassung zusammenhing. Von jeher ist in Teutschland jeder Richter und jedes Gericht als zur Ertheilung der Restitution befugt angesehen, die Befugniß dazu als in der streitigen Gerichtsbarkeit enthalten betrachtet worden. Burchardi a. a. O. S. 545 flg. Dagegen ist die Bestimmung Justinian's in L. 3. C. ubi et apud quem cognit. in int. rest. agitanda sit. (II. 46. (47.)), wornach ein für einen Proceß von dem Beamten bestellter iudex pedaneus eine in diesem Processe incidenter gesuchte Restitution bewilligen kann, auf die heutigen Commissarien anzuwenden, welchen die Leitung und Entscheidung eines ganzen Processes übertragen ist. Burchardi a. a. O. S. 545.

110) L. 13. pr. L. 29. §. 2. D. (4. 4.) L. un. C. si advers. dotem (II. 33 (34.) L. 2. C. si advers. fiscum (II. 36. (37.) L. 1. C. (V. 71.) Burchardi a. a. O. §. 23, S. 423. Linde a. a. O. S. 733.

111) Linde a. a. O. S. 733.

112) Vgl. darüber Burchardi a. a. O. §. 24, 25, 26. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 231 flg.

113) Bickell, Beitr. zum Civilproc. Bd. I, S. 198—200. Linde a. a. O. S. 734. Bayer a. a. O. S. 691.

114) L. 20. §. 1. L. 21. 30. 41. D. (4. 4.) Burchardi a. a. O. S. 428. Linde a. a. O. S. 735. Davon kann auch die bei neuen Beweismitteln etwa durch deren Production eingetretene Gemeinschaft derselben keine Ausnahme begründen, wenn auch das Recht des Gegners dadurch etwa noch besser bewiesen werden könnte; der Gegner hat nur das Interesse, daß es bei dem rechtskräftigen Erkenntnisse verbleibe.

115) L. 1. C. si saep. in int. restit. postul. (II. 43. (44.)) L. 38. pr.

Auch gegen das im Restitutionsprocesse gefällte Erkenntniß kann wieder das Rechtsmittel der Restitution contra rem iudicatam gebraucht werden, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen[116]). Wird gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß appellirt und es werden Compulsorialien und Inhibitorialien erlassen, so ist doch nur der zur Zeit der Verwerfung des Restitutionsgesuches vorhanden gewesene Stand der Sache beizubehalten[117]). Gegen das Erkenntniß, welche eine contra rem iudicatam gesuchte Restitution nach vorheriger Verhandlung darüber abschlägt, ist ein Restitutionsgesuch nur aus einem neuen Restitutionsgrunde zulässig, aus demselben Grunde unstatthaft[118]). Ueber die Kosten gelten die oben aufgestellten Regeln. Heimbach sen.

Retentionsrecht[1]), d. i. das Recht des Inhabers, eine Sache, die er an sich herauszugeben schuldig wäre, bis zur Befriedigung eigener Ansprüche dem die Herausgabe derselben Fordernden vorzuenthalten[2]).

Das Retentionsrecht verdankt geschichtlich seine Entstehung dem prätorischen Edict; dem ius civile war es, als solches, ganz unbekannt.

L. 39. pr. D. (4. 4.) cap. 10. X. (I. 41.) Heffter, Civilproceßrecht §. 467, S. 367, §. 471, S. 573. Bayer a. a. O. S. 690. Burchardi a. a. O. S. 426. Linde a. a. O. S. 734. Gensler a. a. O. S. 127.

116) Gensler a. a. O. S. 127. Linde a. a. O. S. 734. Bethmann-Hollweg, Hdbch. des röm. Civilproc. Bd. I, S. 379.

117) Bickell a. a. O. S. 205 flg. Linde a. a. O. S. 735.

118) Heffter a. a. O. §. 467, S. 567. Bayer a. a. O. S. 690. Linde a. a. O. S. 735.

1) Literatur: Die älteren Arbeiten über diese Materie (unter denen die von G. L. Böhmer, de iure retentionis eiusque effectu, Gött. 1774, auch in dessen Electis iuris civilis Tom. II. exercitatio XIII. abgedruckt, als erster Versuch einer principiellen Auffassung, sowie die nüchtern verständige Darstellung von Faselius, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte (2. Aufl., Halle 1793) hervorzuheben sind) finden sich sehr vollständig bei Schenck, die Lehre vom Retentionsrechte nach gemeinen Rechte (Jena 1837) §. 3, S. 16—27 verzeichnet. Die Schenck'sche Schrift bildet, trotz ihrer Weitläufigkeit, auch jetzt noch das Hauptwerk für diese Lehre, da die spätere von Luden, das Retentionsrecht, eine civilrechtliche Abhandlung (Leipzig 1839), ebenso theoretisch als praktisch weniger befriedigt. Daneben sind die Darstellungen in den gangbaren Pandektenlehrbüchern zu vergleichen, namentlich Thibaut (7. Ausg.) §. 311; Puchta (4. Ausg.) §. 94, 204, 321; Arndts §. 102, 328, 285, 377; Seuffert (2. Ausg.) §. 104, 210, 316: vornehmlich aber Glück, Commentar Bd. XV, §. 936 (S. 114—136) und Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht Bd. II, S. 167—173, sowie dessen Handbuch des gemeinen Pfandrechtes (1836) S. 21—27. In den Quellen hat das Retentionsrecht keine selbstständige, zusammenhängende Stellung gefunden und finden können, aus Gründen, die sich aus seiner geschichtlichen Entstehung ergeben.

2) Omnis definitio in iure civili periculosa; die Definition von Schenck (a. a. O. S. 36) ist mit Recht von Sintenis (in dessen Recension der Schenck'schen Schrift in den Krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtsw. 1. Jahrg. (1837) S. 767, 768) getadelt, weil sie in nuce eine natürlich doch unvollständige Zusammenfassung der ganzen Lehre zu geben versucht. Andere Definitionen siehe bei Schenck S. 37, N. 1.

Zwar finden wir in letzterem das Institut der retentiones ex dote; dasselbe erstreckt sich aber nicht auf ein (vorläufiges) Zurückhalten, sondern auf ein (definitives) Behalten [3]). Da das Retentionsrecht kein Recht auf die Sache [4]), noch viel weniger aber ein selbstständiges persönliches Recht giebt, so konnte es keiner Klage bedürfen, sondern der ihm nöthige Schutz nur in einer Exception bestehen. Als ein nur ope exceptionis geschütztes Recht erweist es sich selbstverständlich als ein dem ius gentium angehöriges Institut, das, als solches, seine geschichtliche Entstehung dem Organ des prätorischen Edictes verdankt. Und zwar darf man annehmen, daß das Retentionsrecht erst in einer späteren Zeit der Entwickelung des prätorischen Rechtes Exceptionsschutz gefunden hat, da derselbe nicht in einer besonders benannten exceptio, sondern in der generellen exceptio doli bestand, in welcher der Prätor schließlich ein universelles Mittel gefunden hatte, jeden mit der aequitas, als dem wahren Naturrechte, nicht harmonirenden, klagend vor ihm verfolgten Anspruch praktisch zu vernichten, was dann die classische Jurisprudenz nur zu exemplificiren und dahin zu generalisiren hatte, daß Ulpian und Papinian sagen konnten [5]): Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. — Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit.

Seit Savigny auf den rechtsgeschichtlichen Charakter des Retentionsrechtes, als einer Anwendung der exceptio doli (generalis) aufmerksam gemacht hat, welche sich von anderen Anwendungen rein factisch und zufällig unterscheide [6]), ist man fast einstimmig darüber, daß dasselbe

---

3) Retinere bedeutet ebenso oft zurückhalten als behalten; vgl. Schenck p. 34. ibique nota 3. 4. cit. In der von Schenck (ibid. n. 6.) allegirten L. 5. pr. D. de impens. in res dot. fact. (25. 1.) wird für retentio, im Sinne von Zurückhalten, detentatio gebraucht; manebit — maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat (propter necessarias impensas in dotem factas). Die von Schenck (ibid.) allegirte L. 8. §. 7. C. de repud. (V. 17.) gehört aber gar nicht hierher. Trotz der richtigen Hervorhebung dieses Unterschiedes verbreitet sich Schenck sehr weitläufig über die retentiones ex dote, und sucht in ihnen, trotz ihrer ganz verschiedenen Natur, einen geschichtlichen Anknüpfungspunkt für unser Retentionsrecht. Vgl. übrigens über die Bedeutungen von retinere des Weiteren Sintenis, das preuß. gem. Civilrecht l. cit. Anm. 76 ibique cit. —

4) Noch G. L. Böhmer (l. c. §. 15.) verneint zwar die Existenz eines dinglichen Rechtes, lehrt aber doch: ex iure retentionis oritur ius in possessionem rei alienae pro consequendo credito; — — Retinenti igitur recte tribuuntur remedia retinendae et recuperandae possessionis. Auch das Preuß. A. L. R. (Tit. XX, Abschn. II) weist dem Retentionsrechte seine Stelle unter den dinglichen Rechten an (vgl. dagegen G. Lenz, Stud. u. Kritik. (Greifsw. 1847) S. 107).

5) Papin. in L. 12. D. de dol. mali et met. except. (44. 4.), Ulp. in L. 2. §. 5. ibid. (vgl. mit L. 2. cit. §. 2—4. L. 8. ibid.)

6) Savigny, das R. d. Bes. (6. Aufl.) §. 4 s. fin. S. 19. G. L. Böhmer

gar nicht als ein besonderes Recht zu betrachten, daher auch gar nicht einer monographischen Behandlung fähig und würdig sei. Ein Recht bleibt es aber schon insoweit, als es mit einer (eigentlichen) Exception rechtlich geschützt ist[7]). Außerdem lassen sich die Erfordernisse und die Wirkungen des Retentionsrechtes darstellen, ähnlich wie bei der Compensation, der man, obwohl auch sie rechtlich nur als Einrede in Betracht kommt, den Charakter eines Rechtes doch nicht bestreitet. Retention wie Compensation sind in ihrer Allgemeingiltigkeit Producte des ius gentium, dem sie in gleicher Weise historisch ihre allgemeine Einführung auf dem Wege der generellen exceptio doli verdanken[8]). Man unterscheidet daher, wenn man das Retentionsrecht lediglich als eine der Anwendungen der exceptio doli generalis betrachtet, nicht genugsam seine geschichtliche Entstehung von der ihm eigenthümlichen Natur. Insofern sich der Begriff und die Natur des Retentionsrechtes bestimmen lassen, insofern man von seinen Erfordernissen und Wirkungen sprechen kann, läßt sich nicht verkennen, daß diese Einzelanwendung der generellen exceptio doli ein eigenthümliches Recht ist, das in der angedeuteten Reihenfolge im Nachfolgenden betrachtet werden soll.

I. Begriff und Natur des Retentionsrechtes. Die römischen Juristen, obwohl sie im Besitz der Rechtsprincipien waren, mit juristischem Tact dieselben auf gegebene oder gedachte Fälle anwandten, und mit ihnen in unerreichbarer Weise operirten, haben es doch nirgends zu einer bewußten und somit erst wahrhaft wissenschaftlichen Auffassung des Rechtes gebracht[9]). Es ist daher nicht wunderbar, daß sie, in denen doch die richtigen Principien des Retentionsrechtes in naiver Weise lebendig waren, keine wissenschaftliche Darstellung desselben in den Quellen gegeben haben. Nur in gelegentlich abgegebenen Aeußerungen bringen sie einzelne Bruchstücke zur Fassung des Begriffes. Es ist nicht zu leugnen, daß das Retentionsrecht, so verschieden es auch sonst von ihm ist, in seinem Zwecke Aehnlichkeit mit dem Pfandrechte, namentlich dem Faustpfande, dem eigentlichen alten pignus hat; in beiden sollen Sachen die Forderung dessen, der sie hinter sich hat, sichern. Hieran knüpfen die römischen Juristen an, vinculiren aber zugleich, im Gefühle der Verschiedenheit, ihren Vergleich stets mit Ausdrücken, wie[10]): quasi pignus, — loco vel nomine

---

a. a. O. §. 16 hatte auch schon hierauf hingewiesen, ohne freilich die Natur des Retentionsrechtes deshalb weniger zu verkennen (vgl. Anm. 3.)

7) L. 1. §. 4. D. de dolo (4. 3.) L. 7. pr. §. 4. D. de pact. (2. 14.)

8) L. 36. D. de admin. tut. (26. 7.): — aequitas, quae merum ius compensationis inducit; §. 30. I. de actionib. (IV. 6.): — et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

9) Vgl. G. Lenz, über die geschichtliche Entstehung des Rechtes (1854) S. 252, 253 und den daselbst (Anm. 432) citirten Kierulff.

10) L. 15. §. 2. D. de furt. (47. 2.) L. 15. D. de captiv. (49. 15.) L. 5.

pignoris, — veluti naturalis pignoris vinculum, — vinculo quodam retinere, — quasi ius pignoris. Daß die Ausübung des Retentionsrechtes die Sicherung einer Forderung des Retinirenden zum Zwecke habe, drücken die Römer aus durch Ausdrücke, wie[11]): impensas per retentionem servare, per doli mali exceptionem ratio sumtuum haberi debet u. a. Ebenso lassen sie erkennen, daß der Zweck des Retentionsrechtes nicht etwa ein sich aus der Sache bezahlt Machen, sondern nur ein Compelle für den Retentionsgegner sein solle, die Ansprüche des Retinenten zu befriedigen, wenn sie sagen[12]): manebit — in rerum detentatione, donec ei satisfiat; (ager) retinebitur, donec debita pecunia solvatur; ne alias (compellatur, hominem venditori) restituere, quam si eum indemnem praestet; merces retineat, donec portionem damni praestent. Die neueren Juristen haben, im Gegensatze zu diesen nur gelegentlich abgegebenen Aeußerungen der römischen, welche nichtsdestoweniger von der Fülle der lebendigen Anschauung Zeugniß geben, aus der heraus sie die richtigen Entscheidungen überall fanden, bewußter Weise das Wesen und den Ursprung des Retentionsrechtes festzustellen gesucht, indem sie einerseits negativ die Unterschiede desselben von verwandten Rechten, namentlich dem Pfandrechte und der Compensation[13]), zu fixiren bemüht waren; andererseits die Quelle und den Grund desselben positiv festzustellen suchten. Für die ganz disparaten Rechtsinstitute der Compensation und unseres Retentionsrechtes erfand man ein genus, die retentio (sensu latiore), unter welche, wie species, die Compensation als retentio perpetua, das Retentionsrecht als retentio temporalis classificirt wurden[14]). Ebenso ward für die grundverschiedenen Institute

---

D. de dot. prael. (33. 4.) L. 2. 11. C. de postlim. revers. (VIII. 51.) L. 43. §. 3. D. de leg. I. L. 20. §. 1. D. qui testam. (28. 1.) Vgl. Schenck S. 268—273. Ziemlich scharf werden sich pignus und retentio in L. 1. C. si aliena res pignori data sit (VIII. 16.) gegenüber gestellt.

11) L. 33. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 48. §. 5. D. de R. V. (6. 1.) L. 11. C. de R. V. (3. 32.) L. 27. §. 5. D. de R. V. (6. 1.) Vgl. Schenck S. 271.

12) L. 5. pr. D. de impens. in res dot. (25. 1.) L. 26. §. 4. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 29. D. de aedil. edicto (21. 1.) L. 2. pr. D. de lege Rhodia (14. 2.) Vgl. Schenck S. 268 flg. Sintenis, Civilr. a. a. O. N. 92.

13) Außer diesen beiden Rechtsinstituten hat man das Retentionsrecht auch, als verwandt, mit arrestum, protestatio, repressaliae, executio verknüpfen wollen und so dasselbe als ein generelles Schutzmittel für alles Mögliche behandelt (vgl. die Curiositäten, namentlich aus Molignatus, tractat. de ret., die Schenck S. 12—13, sowie 64—65 anführt).

14) Vgl. Schenck S. 47 flg. Schweppe, röm. Privatr. an dem von Schenck, l. cit. (Anm. 1) citirten Ort, stellt umgekehrt als genus, mit demselben Rechte oder Unrechte, compensatio hin; die eigentliche compensatio ist ihm die Compensation für immer, das Retentionsrecht die Compensation auf eine Zeitlang. Die Quellen sagen zwar von dem Compensanten auch, er retinire (vgl. L. 4. 20. D. de comp. (16. 2.)); dies hängt aber mit dem Doppelbegriffe von retinere im Sinne be- und vorenthalten zusammen (vgl. Anm. 2). Im

des Pfandrechtes und des Retentionsrechtes eine höhere Einheit gesucht, und wiederum in dem ius retentionis (s. lat.) gefunden, worunter als species das i. r. materiale oder das Pfandrecht und das i. r. formale oder unser eigentliches Retentionsrecht subsumirt wurden[15]). Andererseits, darauf ausgehend, die Quelle und den Grund des Retentionsrechtes zu finden, fanden unsere neueren Juristen zwei Institute als Anknüpfungspunkte vor: den Besitz und die Selbsthilfe. Daß das Retentionsrecht nicht eine Folge des Besitzes sei, darf nach der kurzen und gelegentlich, aber mit geistiger Superiorität abgegebenen Bemerkung Savigny's[16]) als antiquirt gelten; man konnte auf eine solche Begründung nur kommen, als man keine Ahnung von der Idee des Besitzes im Sinne der römischen possessio hatte, sondern nur den gemeinrechtlichen Brei des aus possessio, Gewere und Detention zusammengerührten ius possessionis mit seiner allgemeinen Verfolgungsklage

---

übrigen sind beide so verschieden, daß die Aufzählung der Differenzen (vgl. Schenck S. 47—58, Glück S. 116—119) ganz vergebliche Mühe ist.

15) Vgl. Glück a. a. O. S. 121 ibique (n. 36) alleg. Diese Eintheilung in ein ius ret. materiale und formale „nach Analogie des ususfructus“ muß sogar schon als ein Fortschritt gegenüber der bekämpften, früher gäng und gäben Eintheilung in ein ius ret. qualificatum und simplex betrachtet werden. Unter dem ersteren verstand man das mit einem anderen dinglichen Rechte (Pfandrecht, Eigenthum, ja Erbrecht) verbundene Recht des Behaltens, unter letzterem unser Retentionsrecht sensu strict. (vgl. namentlich Glück a. a. O. S. 120 ibique alleg. not. 27—35; Schenck S. 166—169 und über andere noch unsinnigere Eintheilungen Denselben S. 169—172). Die Unterschiede und Aehnlichkeitspunkte zwischen Pfandrecht und Retentionsrecht hat Schenck sich viel unnütze Mühe gegeben, auseinanderzusetzen, vgl. S. 58—65. — Eine ganz verwerfliche und verwirrende Eintheilung des Retentionsrechtes ist endlich auch noch die, welche die älteren Civilisten, und auch noch Schenck S. 152—162, 267, zwischen dem eigentlichen Retentionsrechte (sog. ius ret. legale) und einem ius ret. conventionale vel testamentarium machen. Ebenso wie die Compensation auch infolge einer Verabredung beider Theile oder einer beide Theile bindenden testamentarischen Verordnung eintreten kann, diesfalls aber gar kein eigenthümliches juristisches Interesse gewährt, so kann möglicher Weise auf diese Art auch ein Retentionsrecht begründet werden. In den Quellen ist nur von dem Retentionsrechte die Rede, was der Restitutionsforderer sich entgegensetzen lassen muß, was sich somit als eine Exception gegen die Restitutionsklage erweist. Die L. 30. D. de pign. act. (13. 7.): Qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem —, welche man wohl angezogen hat, um die Existenz eines freiwilligen Retentionsrechtes zu beweisen, läßt nur die an sich nicht zu bestreitende Zulässigkeit einer solchen conventionellen Retention zu, die aber nur wegen der beurtheilten Folgen eines casus ein rechtliches Interesse bietet.

16) Vgl. die Citate in Anm. 5. Thibaut (7. Ausg. §. 311) betrachtet das Retentionsrecht nach der Stellung, die er ihm im System giebt, noch als Ausfluß des Besitzes; auch Seuffert behandelt es wenigstens an jener Stelle (§. 104), coordinirt es aber der Selbsthilfe (N. 9).

contra quemvis minore, debiliore, infirmiore iure possidentem kannte[17]). Als auf (erlaubter) Selbsthilfe beruhend ist das Retentionsrecht noch bis in die neueste Zeit erachtet worden[18]). Indeß ist auch diese Begründung durchaus nicht haltbar, da der Retinent sich weder in den Besitz einer Sache setzt, noch sich Rechte auf sie anmaßt, namentlich nicht sich aus ihr befriedigen will[19]).

Es bleibt daher nichts anderes übrig, als das Retentionsrecht für ein eigen geartetes Recht zu erklären, das, hierin allein dem Pfandrechte vergleichbar, wie dieses, accessorisch zum Schutze einer Forderung besteht, für die es jedoch nicht selbstständig, sondern nur ope exceptionis geltend gemacht werden kann, mit der es steht und fällt[20]).

---

17) Vgl. G. Lenz, Stud. u. Krit. S. 37, 108—110, 167 flg. Daß nicht possessio, sondern detentio erforderlich sei, um das Retentionsrecht entstehen zu lassen, wird sich unten bei den Erfordernissen desselben ergeben.

18) Vgl. u. A. Glück a. a. O. S. 115, 116, 122, 123, welcher davon spricht, daß man dies Recht eigenmächtig ausüben könne, ohne dazu ein richterliches Decret nöthig zu haben, weshalb es auf die Fälle zu beschränken sei, in welchen die Gesetze es ausdrücklich erlaubten. Mühlenbruch (Lehrbuch §. 134—136) betrachtet das Retentionsrecht neben der Eidesdelation, als einem psychologischen Zwange zur Befriedigung, ebenfalls als einen Fall erlaubter Selbsthilfe. Selbst Vangerow scheint, wenigstens nach der Stellung, die er dem Retentionsrechte im System giebt (§. 134), sich noch zu dieser Ansicht zu bekennen.

19) Vgl. Schenck a. a. O. S. 65—69 ibique alleg., namentlich den Note 5 citirten Linde, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, Abhandl. XXI. Die Worte des Decr. D. Marci in L. 7. D. ad. L. Iul. de vi priv. (48. 7.), (die gewiß wortgetreuer sind, als die Anführung in L. 13. D. quod met. c. (4. 2.)): rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere finden ihre Moderation nicht nur durch die nachfolgenden: eumque sibi ius in eam rem dixisse, sondern vor Allem durch den Commentar des Juristen (Callistratus in L. 7. cit.): Creditores — si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, ius crediti eos non habere.

20) Vgl. Schenck S. 69—73. Dieser Schriftsteller qualificirt dasselbe auch als ein persönliches Recht, im Gegensatze eines dinglichen; eine Frage, die gar nicht aufgeworfen werden kann, da wir durch dasselbe weder eine Sache, noch einen fremden Willen uns unterwerfen. Es ist vielmehr lediglich ein Schutzrecht des Verklagten zur Sicherung eines auf die Herausgabe der retinirten Sache gegen den Kläger uns zustehenden Anspruches. So wenig man die Compensation als ein dingliches oder persönliches Recht qualificiren kann, vielmehr in ihr lediglich einen modus tollendarum obligationum anzuerkennen hat, ebenso wird man das Retentionsrecht nur als ein Sicherungsmittel von Forderungen betrachten müssen. Wie dies in seinem Wesen liegende Moment es veranlassen konnte, das Retentionsrecht mit den sonst so verschiedenen Instituten des Arrestes, der Protestation u. a. zusammenzubringen (vgl. Anm. 12), so sehr rechtfertigt es sich aus dem Charakter des Retentionsrechtes, demselben im System seine Stellung da anzuweisen, wo von den Mitteln die Rede ist, welche dem Schuldner zeit- oder theilweise das Recht geben, die Erfüllung der Obligation zu verweigern (wie u. A. von Sintenis, das Pr. G. Civilr. a. a. O. S. 167 flg. geschehen ist). Wenn Schenck noch ferner von dem Retentionsrechte prädicirt, es sei auch ein untheilbares Recht, so liegt dabei, wie sich weiter unten ergeben wird, zwar der richtige Gedanke zu Grunde, daß, ähnlich wie beim pignus, bis zur völligen Deckung der Retentionsforderung die Rückhaltung ausgeübt

Wollen wir den Grund des Retentionsrechtes angeben, so ist er kein anderer, als der des Rechtes, im Sinne von ius, überhaupt; es ist ein Recht, weil es als solches von den Organen geschaffen ist, denen alles wahrhafte (juristische) Recht seine geschichtliche Entstehung verdankt. Specieller ist es eine Errungenschaft, wie wir schon oben bei der geschichtlichen Skizze sahen, der dritten und letzten Phase römischer Rechtsentwickelung, des ius gentium[21]). Wenn wir von der Höhe unseres geschichtlich-philosophischen Standpunktes dies aussprechen, so begreifen wir nur, was Papinian unbewußt und naiv von einem besonders häufigen Falle des Retentionsrechtes sagt[22]): Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti — exceptione doli (op)posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur. Wenn aber die aequitas, die nichts anderes ist, als das wahre, nicht erträumte Naturrecht, den allem strengen Rechte anscheinend so strict zuwiderlaufenden[23]) Satz aufstellt, daß der Beklagte unter Umständen die zeitweilige Zurückweisung einer von ihm an sich herauszugebenden Sache verlangen darf, so versteht es sich, daß nicht aus einer cerebrinen aequitas, aus vagen Billigkeitsrücksichten dies Verlangen statthaft ist, sondern daß es feste, bestimmte Normen sind, unter denen dies Schutzrecht nicht gegeben werden darf, sondern gegeben werden muß. Die festen Normen und principiellen Kategorien aus der Fülle der Einzelentscheidungen der römischen Juristen herauszufinden, diese Arbeit einer geistigen Reproduction des von den Römern naiv gefundenen Rechtes, ist hier, wie überall, unsere Aufgabe. Indem wir sie zu lösen suchen, wenden wir uns demjenigen zu, was in der obigen Reihenfolge bezeichnet ward, als:

---

werden darf; diese der dogmatischen Behandlung des Retentionsrechtes anheimfallende Bemerkung gehört aber ebensowenig zur Feststellung des Begriffes des Retentionsrechtes, wie es beim Pfandrechte nicht nöthig ist, gleich bei Feststellung des Begriffes desselben zu sagen, daß eius causa indivisa ist. Endlich noch anzuführen, daß das Retentionsrecht nur ein subsidiäres (in Ermangelung einer Klage stattfindendes) Recht sei, ist nicht blos überflüssig, sondern auch falsch, da, wie die weitere Entwickelung lehren wird, zwar in manchen Fällen gesagt werden kann: retentionem quidem habemus, petitionem non habemus; in anderen aber die Retention uns doch zusteht, obwohl wir eine Klage wegen der Retentionsforderung haben (vgl. Schenck a. a. O. und den daselbst N. 7 und 8 alleg. Glück, Comment. Bd. XXVII, S. 186 und Schneider, subsidiäre Klagen S. 159). Aus seiner allein übrig bleibenden accessorischen, dem Pfandrechte ähnlichen Natur folgt übrigens von selbst, daß das Retentionsrecht nur eine dilatorische Exception erzeugt (quae ad tempus nocet, quae differt actionem (Gai. I. IV. §. 122. 123.). Vgl. Schenck S. 312 flg. Sintenis, das Pr. G. Civilr. a. a. O. N. 92, sowie Anm. 11 cit.

21) Vgl. G. Lenz, über die geschichtliche Entstehung des Rechtes, wo die Nothwendigkeit darzulegen versucht ist, warum das Recht (Ius) nur außerhalb eines organischen Volksganzen, d. i. bei den Römern entstehen konnte.

22) L. 48. D. de R. V. (6. 1.)

23) Die Römer heben ausdrücklich hervor, daß das Retentionsrecht nur

II. Die Erfordernisse des Retentionsrechtes. Wir haben dabei folgende Fragen in's Auge zu fassen: Wer kann retiniren? Was kann retinirt werden? Wofür kann retinirt werden?

1) Retiniren kann nur, wer detinirt[24]); die possessio (civilis) qualificirt daher zur Retention nur insofern, als sie zugleich mit dem Naturalbesitze verknüpft ist, was, wie in den Fällen, wo ein Stellvertreter für uns besitzt, durchaus nicht nothwendig miteinander verbunden sein muß. Daher haben namentlich auch der Verwalter, der Commodatar, der Conductor das Retentionsrecht[25]). Weil Detention allein die Möglichkeit der Retention gewährt, kann von einer Retention des quasi possessor, als solchen, gar keine Rede sein, ebensowenig wie der possessor, als solcher, zur Retention berechtigt ist; nur sofern der quasi-possessor einer Servitut den Gegenstand derselben, wie beim

---

eine Ausnahme ist (vgl. Anm. 37). Man braucht sich deshalb nicht mit Schenck (S. 69) auf Gemeinplätze, wie das suum cuique in L. 10. pr. §. 1. D. de iust. et iure (1. 1.) zu berufen, und ebensowenig auf die von ihm allegirte L. 25. §. 1. sol. matrim. (24. 3.) zu beziehen. Die letztere Stelle: Maritum in reddenda dote de dolo malo et culpa cavere oportet; quodsi dolo malo fecerit, quo minus restituere possit, damnandum eum, quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat, — paßt sogar nicht hierher, da sie offenbar nicht von dem Retentionsrechte in unserem Sinne spricht.

24) Vgl. Savigny, Bes. §. 5, 7, N. 2 a und Schenck S. 76—83, der die richtige Meinung gegenüber den Ausdrücken Anderer: „der Besitz bei dem Retentionsrechte könne sowohl ein natürlicher, als ein Civilbesitz sein" (Faselius, Lauterbach, Hufeland) und „er brauche nicht gerade ein juristischer Besitz zu sein, es genüge schon, wenn er nur ein Naturalbesitz sei" (Glück, Sintenis) mit etwas ermüdender Breite widerlegt. Wenn Schenck (S. 74, 75) noch anzuführen für nöthig hält, der Retinirende müsse rechtsfähig sein, so versteht sich dies zu sehr von selbst, als daß es einer Erwähnung bedürfte, da ja nur retiniren kann, wer und insoweit er eine Forderung hat. Wenn Schenck endlich auch noch (ibid.) hinzufügt, der Retinirende müsse namentlich besitzfähig sein, so scheint er darin in einem Widerspruche mit sich selbst zu liegen, da er nur die gar keinen animus erfordernde Detention verlangt; indeß muß man diese Behauptung doch insoweit als richtig anerkennen, daß der Detentor, der retiniren will, eben des animus retinendi fähig sein muß. Die Retention muß selbstverständlich eine ausschließliche sein (vgl. das Präjudicat in Seuffert's Archiv Bd. V, N. 105). Unter den leicht zu häufenden Stellen, welche nur Detention voraussetzen, wenn sie auch von possidere sprechen, vgl. u. a. die von Sintenis (das Pr. G. Civilr.) a. a. O. S. 169, N. 80 angeführte L. 1. pr. D. quibus mod. pign. (20. 6.) L. 14. D. de dol. m. et m. exc. (44. 4.) L. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.); auch L. un. C. etiam ob chirograph. pec. (VIII. 26.) Vgl. Anm. 25.

25) Vgl. Schenck S. 79, 182 flg. Eine Folge dessen ist es, daß der Commodatar, der (wegen Impensen auf die geliehene Sache) dieselbe zu retiniren berechtigt war, selbst gegen den dominus die actio furti anstellen kann; L. 15. §. 2. D. de furt. (47. 2.): eum qui tibi commodavit, si eam rem surripiat, non teneri furti —, quoniam nihil tua interesset — —; ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam surripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco est. Vgl. L. 59. eod.

Usufructus, detinirt, kann er diesen Gegenstand, nicht aber sein Recht daran, möglicher Weise retiniren[26]).

Da indeß der Detentor zur Retention nur durch die exceptio doli berechtigt ist, so darf er selbstverständlich nicht selber in dolo, nicht auf eine unredliche Weise in den Besitz der retinirten Sache gelangt sein. Als allgemeines Princip ist dies zwar in den Quellen nicht ausgesprochen. Es folgt aber zunächst aus Ulpian's dogmatisch generalisirender Bemerkung über die vitia possessionis[27]): Quod ait praetor in interdicto: nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, clam aut precario — — ab adversario suo, non debeat eum vincere; has enim possessiones non debere proficere, palam est.

Vollkommen berechtigt ist ferner auch die analoge Anwendung der zunächst allerdings nur für die Compensation generalisirenden Bestimmung Justinian's[28]): Possessionem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. Außerdem findet sich aber das Princip, daß der retinirende Detentor auf redliche Weise die Detention erlangt haben muß, in einer Reihe von Einzelfällen, und zwar gerade in denen ausgesprochen, in welchen die Frage nach der bona fides des Retinirenden vorzugsweise beantwortet werden mußte. Derjenige, welcher auf einen fremden Boden baut oder pflanzt, wer auf fremdes Material schreibt, darf, dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber, behufs der Sicherung seiner Impensen, das Retentionsrecht ausüben, aber nur unter der stets eingeschärften Voraussetzung der bona fides[29]). Selbst

---

26) Schenck S. 83—87 kommt zu dem Resultate, daß, soweit es möglich sei, eine unkörperliche Sache derartig in detentione zu haben, daß wir sie der Einwirkung eines Anderen zu entziehen vermögen, solche Gegenstand des Retentionsrechtes sein können. Gegen diese Unklarheiten vgl. Sintenis (das Pr. G. Civilr.) a. a. O. S. 169, N. 80, wo mit Recht bemerkt ist, daß die von Schenck als gesetzliches Beispiel eines Retentionsrechtes an der servitus usus-fructus citirte L. 3. §. 17. D. de vi et vi arm. (43. 16.) von ganz etwas anderem spricht.

27) L. 1. §. 9. D. Uti poss. (43. 17.) Vgl. L. 139. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) Ob die von Schenck angezogene L. 25. D. de pign. (20. 1.): Quum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant, — hierher gehört, möchte zu bezweifeln sein. Dies Gesetz spricht vielmehr nur aus, was als die Regel auch in der Entscheidung eines der hierher gehörigen Fälle in L. 1. C. si aliena res pignori data sit (VIII. 16.) gesagt ist, wo nur die Verwendung des Darlehens zum Nutzen des dominus ausnahmsweise die Retention begründen soll, wodurch also die Regel als solche bestätigt wird. Glück a. a. O. S. 115, N. 5 beruft sich, von seinem Standpunkte der Selbsthilfe, als Quelle des Retentionsrechtes, ganz consequent auf L. 1. C. unde vi (VIII. 4.); recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

28) L. 2. §. 2. C. de compens. (4. 31.)

29) Vgl. außer der in Anm. 21 citirten L. 48. D. de R. V., namentlich noch §. 30—33. I. de Rer. divis. (2. 1.): — utique si bonae fidei possessor

in den Fällen, wo der malae fidei possessor an sich Ersatz verlangen kann, ist er zur Retention nicht berechtigt[30]).

2) Wie nur retiniren kann, wer detinirt, so kann auch nur retinirt werden, was detinirt werden kann; mit anderen Worten: nur Sachen (natürlich nur solche, die in commercio sind), können retinirt werden. Ihre Beschaffenheit ist ganz gleichgiltig[31]). Es beruht nur auf einer Verwechselung der Begriffe, wenn man auch von der Zulässigkeit der Retention von Handlungen gesprochen und in den Fällen, wo man die sog. exceptio non adimpleti contractus entgegenstellen darf, bei allen wesentlich zweiseitigen Verträgen „ein gesetzliches Retentionsrecht" angenommen hat[32]). Nicht weil es für die römischen Juristen erst solcher Auseinandersetzung bedurft hätte, sondern nur gelegentlich, um auf die praktisch oft sehr große Wichtigkeit der dem Fiduciar von dem Fideicommissar zu bestellenden Caution hinzuweisen, findet Paulus[33]) Veranlassung, zu sagen, daß das dem Fiduciar zuständige Retentionsrecht sich möglicherweise nur auf körperliche Dinge erstrecken könne: — nam quod dicitur, retinere eum (heredem) oportere, non est perpetuum; quid enim, si nihil est, quod retineat, veluti quum omnia in nominibus sunt aut in corporibus, quae non possideat? Für den Retinenten muß die retinirte Sache aber eine fremde sein, es giebt kein Retentionsrecht an der eigenen Sache. Zwar scheint diesem

---

fuit, — nam scienti, alienum esse, potest obiici culpa. L. 7. §. 12. D. de a. r. dom. (41. 1.): utique si nescit —, alienum esse etc. Sehr bestimmt sprechen sich auch zwei Constitutionen von Gordianus und Philippus aus in L. 1. 2. C. Gregor. de R. V. (III. 3.): Vineas in alieno agro institutas solo cedere: et si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem servari non posse, incognitum non est. — Aedificium in alieno agro exstructum solo cedere, sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse servare, certissimi iuris est. Die aus gestohlenem Material gefertigten Sachen können daher condicirt werden und bei der Aestimation kommt dem Condicirenden auch der Werth der von dem Diebe gemachten Verwendungen zu Gute (L. 13. D. de cond. furt. (13. 1.) vgl. Gai. I. II. §. 76—78.) Schenck, welcher die richtige Meinung vertheidigt, widerlegt die abweichenden, von ihm (N. 1) citirten Schriftsteller S. 87 flg.

30) Der malae fidei possessor hat wegen der impensae necessariae nur das Recht der repetitio, wegen der utiles nur ein ius auferendi, soweit der frühere Zustand wiederhergestellt werden kann (vgl. L. 5. C. de R. V. (III. 32.) mit L. 38. D. de H. P. (5. 3.) und L. 25. D. de pign. (20. 1.) Schenck S. 90—93. G. L. Böhmer l. c. §. 9. n. k.: Etiamsi etiam in malae fidei possessore ratio expensarum habenda sit —, id tantum concernit quaestionem, an et quatenus ab eo repeti et officio iudicis servari queant, non vero beneficium retentionis.

31) Schenck S. 96—99 erörtert dies sehr weitläufig, obwohl es zur allgemeinen Lehre von den Sachen gehört.

32) Vgl. Heerwart, Archiv für civ. Pr. Bd. VII, S. 335 flg., Bd. XIV, S. 206 flg., Schweppe, röm. Privatr. ed. IV, §. 183 d. Dagegen mit Recht Schenck S. 112—125.

33) L. 36. D. ad S. C. Trebell. (36. 1.)

Satze **Ulpian** ausdrücklich zu widersprechen [34]): Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. Und in der That sind die meisten Neueren [35]) der Ansicht, daß in diesem Falle, wo nicht nur der Ausdruck (retinere), sondern auch die in den Quellen gebräuchliche Zweckangabe (quasi pignus) vom Juristen hervorgehoben wird, von einem Retentionsrechte im wahren Sinne die Rede ist. Ein Retentionsrecht kann hier aber aus demselben Grunde nicht angenommen werden, aus welchem oben die Retention von Handlungen überhaupt verneint werden mußte [36]). Wenn der Verkäufer, dem das Kaufgeld ganz oder zum Theile nicht gezahlt wird, und generell der aus einer zweiseitigen Obligation zur Tradition einer Sache oder eines Complexes von Sachen Verpflichtete, ohne daß eine bestimmte Ordnung für die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten vorgeschrieben wäre, seinerseits das zu Tradirende an sich hält, so retinirt er eben nicht die (ihm noch gehörigen) Sachen, sondern weigert nur deren Tradition, mithin die Handlung, wodurch er sich seiner Verpflichtung zu entledigen haben würde. Es ist ihm dies Recht ebenfalls durch die exceptio doli generalis gegeben, welche in dieser speciellen Anwendung, nicht ohne inneren Grund, von den Neueren mit der besonderen Bezeichnung der exceptio non adimpleti contractus belegt worden ist. Dagegen ist es nicht nothwendig, daß die retinirte Sache dem Retentionsgegner eigenthümlich gehöre. Da sich das Retentionsrecht auf eine Sache (oder einen Complex von Sachen) bezieht, deren Restitution verlangt wird; so erhellt, daß es nicht blos gegen denjenigen geltend gemacht werden kann, der mit irgend einer dinglichen Klage auf Herausgabe auftritt, sondern auch gegen Alle, welche mit einer actio in rem scripta oder auch nur mit einer

---

34) L. 13. §. 8. D. de actionib. e. v. (19, 1.) Vgl. L. 22. D. de hered. et act. vend. (18. 4.) L. 31. §. 8. D. de aedil. edict. (21. 1.)

35) So namentlich, außer den bei Schenck S. 100, N. 1 Angeführten, auch noch Puchta a. a. O. N. b. Schenck selbst hält zwar die in N. 33 citirte Stelle nicht für geeignet, ein Retentionsrecht an eigener Sache nachzuweisen und erklärt auch genügend (S. 100—103) die von Anderen dafür angezogenen Stellen L. 29. §. 3. D. de aedil. ed. (21. 1.) und L. 26. §. 4. D. de cond. ind. (12. 6.) Dagegen hält er in Fällen, wie L. 13. §. 22. D. de act. e. v. (19. 1.) und L. 13. pr. D. de usufr. (7. 1.), (abgesehen von eigenen, unglücklich gewählten Beispielen) allerdings die Annahme des Retentionsrechtes an der eigenen Sache gerechtfertigt. Sintenis, das Preuß. Gem. Civilrecht a. a. O. N. 83 hat den hierin von Schenck begangenen Irrthum genügend dargelegt, auch im Context S. 170 das richtige Princip aufgestellt, daß das Retentionsrecht nur einer Restitution (nicht einer Tradition) gegenübertritt; dennoch glaubt er, mehr aus Gründen der Gleichheit des praktischen Effectes (vgl. schon die Recens. der Schenck'schen Schrift a. a. O. S. 768), daß auch an den zu übergebenden, mithin zur Zeit noch eigenen Sachen ein Retentionsrecht zu statuiren sei.

36) Vgl. oben zu Anm. 31.

persönlichen, auf die Restitution (nicht Tradition) gerichteten Klage die Herausgabe des Retentionsobjectes verlangen[37]).

3) Retinirt werden kann nur für eine Forderung, welche der Detentor der Sache gegen denjenigen hat, welcher die Restitution derselben fordert. Es ist aber schon hervorgehoben, daß das Retentionsrecht nur ein exceptionelles Recht ist; Diocletian und Maximian sprechen diese exceptionelle Natur in zwei Einzelentscheidungen mit aller Schärfe aus[38]): Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. — Si non inducta et illata in fundum, quae pignoris teneri causa placuerat, mancipia fuissent, nec haec specialiter obligata monstrentur, rector provinciae ea restitui iubebit. Nec enim praetextu debiti pensionum, restitutionem eorum morari potest: quum si quid deberi sibi domina fundi ex pensionibus vel quacunque ratione probare potest, huius solutionem solemniter fieri conveniat. Die Requisite der Forderungen zu bestimmen, wegen deren dies exceptionelle Recht ausgeübt werden kann, ist daher der Hauptpunkt der dogmatischen Entwickelung desselben, der, seit man systematisch das Retentionsrecht zu behandeln angefangen hat, daher auch vorzugsweise berücksichtigt worden ist. Die Requisite der Forderung sind nachstehende:

a) Die Forderung darf nur nicht eine gesetzlich reprobirte sein; im übrigen genügt eine blos natürliche, wenn auch durch keine Klage geschützte Verbindlichkeit[39]): Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. Daher ist oft das Retentionsrecht der einzige rechtliche Schutz[40]): Paulus respondit, eum qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.

b) Ferner muß die Forderung eine unbedingte sein, weil, so lange die Bedingung schwebt, noch gar keine Forderung, sondern nur die Hoffnung auf eine solche existirt[41]). Sie muß aber auch fällig sein;

---

37) Vgl. Schenck S. 103—106.

38) L. 4. C. de commod. (IV. 23.) L. 5. C. in quib. caus. pign. (VIII 14.) Vgl. L. 5. D. de dot. praeleg. (33. 4.) Vgl. Sintenis, das Pr. G. Civilrecht S. 171, N. 86.

39) L. 51. D. de cond. ind. (12. 6.)

40) L. 14. D. de dol. m. et met. exc. (44. 4.) Cf. L. 48. §. 1. D. de R. V. (6. 1.) L. 33. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 7. §. 12. L. 9. pr. D. de acquir. r. d. (41. 1.) L. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.) Vgl. Schenck a. a. O. S. 116—119. Glück a. a. O. S. 124. (Die von Letzterem in N. 44 citirten beiden ersten Stellen beweisen nichts, die L. 51. D. de cond. ind. (12. 6.) aber hat gerade den Fall vor Augen, wo auch eine civile Obligation als für das Retentionsrecht geeignet gilt.)

41) L. 54. L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.) Vgl. Schenck S. 119—128.

eine betagte Forderung existirt zwar schon, aber noch ohne alle Möglichkeit rechtlicher Geltendmachung[42]). Sind die Umstände der Art, daß der Retinent im Falle des Verzuges Gefahr läuft seine Forderung zu verlieren, wenn er nicht retinirte, sind also die Bedingungen des Arrestes vorhanden, so wird dieser zwar auf die zu restituirende Sache nachgesucht und angelegt werden können[43]); es ist dann aber kein Retentionsrecht, sondern eben Arrestschlag[44]).

Das früher gewöhnlich noch aufgestellte Requisit der Liquidität berührt eine lediglich processualische Frage; ebenso wie in unserem gewöhnlichen Processe die Compensation unumschränkt zuzulassen ist, muß auch die Einrede des Retentionsrechtes in demselben unbeschränkt bleiben, und nur privilegirte Proceßarten können eine Einschränkung dieser Einrede motiviren[45]).

c) Endlich aber muß die Forderung regelmäßig zu der retinirten Sache in irgend einer sächlichen Beziehung stehen. Dies Requisit der sog. Connexität, das früher sehr bestritten war[46]), darf jetzt an sich als allgemein angenommen betrachtet werden. Desto mehr Streit herrscht aber über die Kategorien der Connexität, welche sich aus der Summe der von den römischen Juristen getroffenen Einzelentscheidungen aufstellen lassen[47]). Erschöpfend dürften die folgenden vier Kategorien sein:

A. Die erste von allen angenommene Kategorie bilden diejenigen

---

42) L. 213. cit.

43) L. 41. D. de iudic. (5. 1.): In omnibus bonae fidei iudiciis, quum nondum dies pecuniae praestandae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

44) Schenck a. a. O. S. 125, 126, nachdem er weitläufig von S. 119—124 die Meinungen Anderer referirt und critisirt hat, entscheidet sich für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes auch bei betagten Forderungen. Aber daß L. un. C. etiam ob chirogr. pec. (VIII. 27.) nicht das Requisit der Fälligkeit hervorhebt, ist natürlicher daraus zu erklären, daß sich dies von selbst verstand. Und daß in dem Falle des §. 29. I. de rer. div. (II. 1.) der bona fide aedificans vor der Trennung der verbauten Materie zwar retiniren, aber nicht vindiciren kann, enthält nur eine baupolizeiliche Beschränkung der dinglichen Verfolgungsklage, versagt aber der persönlichen Klage auf Ersatz nicht die Fälligkeit.

45) Vgl. Schenck S. 128—131 ibique n. 8. alleg.

46) Vgl. Schenck S. 131—144 (S. 132, N. 1 finden sich die bejahenden, S. 133, N. 2 die verneinenden früheren Schriftsteller angeführt).

47) Vgl. die Aufzählung der verschiedenen (3., 5., 6.) Kategorien der Doctrin bei Schenck S. 171—178. Dieser Schriftsteller selber stellt (S. 178—181 vgl. mit S. 144—150) drei Kategorien auf, welche etwa den im Text enthaltenen drei ersten entsprechen; seine vierte Kategorie der sog. positiven Connexität ist keine solche, sondern drückt nur die Verzweiflung aus, den Rest der sub 1—3 nicht subsumirbaren Fälle nicht unter eine generelle Rubrik bringen zu können. Wenn sich in der That nicht auch jener Rest unter eine Kategorie stellen läßt, so ist es gewiß logisch richtiger, mit Sintenis, das Preuß. Gem. Civilrecht a. a. O. N. 86, die darunter begriffenen Fälle als Ausnahmen von dem allgemeinen Requisit der Connexität zu betrachten.

Forderungen, welche dem (redlichen) Detentor für Verwendungen auf oder in Beziehung auf die an sich zu restituirende Sache zustehen. In welchen Fällen und unter welchen Bedingungen Verwendungen überhaupt einen Anspruch auf Vergütung begründen, gehört nicht hierher[48]); nur beispielsweise möge aus der reichen Casuistik der römischen Juristen hervorgehoben werden, daß, soweit ihnen überhaupt Ersatz für Verwendungen auf oder in Bezug auf die zu restituirende Sache gebührt, zur Ausübung des Retentionsrechtes u. A. befugt sind, der bonae fidei possessor wegen der Meliorationen[49]); der Eigenthümer der Accessionen gegen den die Herausgabe fordernden Eigenthümer oder Pfandgläubiger der Hauptsache[50]); der Gläubiger, welchem der Procurator, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, eine Sache seines Machtgebers verpfändet hatte, sofern die Darlehensvaluta nur für das in dem Gewahrsam des Pfandgläubigers gekommene Pfandobject verwendet ist[51]); der Schenknehmer wegen der auf den ihm von einem Minderjährigen gegebenen Sclaven verwandten Alimente und sonstigen Impensen[52]); der auf Herausgabe eines Sclaven Belangte wegen der auf eine Noxalklage für denselben erlegten Summe[53]); der negotiorum gestor, der die Sachen des dominus von dem auf ihnen haftenden Pfandnexus liberirte[54]); der magister navis an den geretteten Schiffsgütern[55]) u. s. w. Worin die Verwendungen bestehen müssen,

---

48) Vgl. Schenck S. 181, der mit Recht die Subdivisionen dieser Kategorie tadelt (welche u. A. Faselius §. 16—20 aufstellt), der aber auch seinerseits viel nicht zur Sache Gehöriges S. 188 flg. vorführt.

49) L. 27. §. 5. L. 48. D. de R. V. (6. 1.) Vgl. L. 44. §. 1. D. de damno int. (39. 2.)

50) L. 23. §. 5. D. ib.: In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare. Vgl. §. 30—34. I. de rer. div. (II. 1.) L. 7. §. 12. L. 9. §. 1. 2. D. de a. r. d. (41. 1.) L. 14. D. de d. m. et m. exc. (44. 4.) L. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.) L. 33. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 45. D. de a. e. v. (19. 1.) L. 11. 16. C. de R. V. (III. 32.) L. 29. §. 2. D. de pign. (20. 1.) L. 39. §. 1. D. de minorib. (4. 4.)

51) L. 1. C. si aliena res pign. (VIII. 16.): Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. Si tamen pecuniam in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio duntaxat quod numeratum est desideranti.

52) L. 4. §. 9. D. de d. m. et m. exc. (44. 4.) Vgl. L. 7. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) L. 16. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. un. C. de reput. (II. 48.)

53) L. 27. D. de R. V. (6. 1.) vgl. mit L. 53. §. 4. D. de furt. (47. 2.) Die letztere Stelle erwähnt nur das defendere noxali iudicio, und giebt dadurch Schenck (S. 187, 188) zu dem Irrthum Veranlassung, hierin liege der Fall vor, wo Leistungen dem Geldaufwande gleichgeachtet würden.

54) L. 1. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.) vgl. mit L. 65. pr. D. de R. V. (6. 1.)

55) L. 2. pr. D. ad. L. Rhod. de i. (14. 2.) Vgl. Glück a. a. O. S. 125. Schenck widerlegt S. 188 eine Reihe von angeblichen Retentionsrechten, z. B. des Schriftstellers an seinen Manuscripten, entstanden aus irrthümlicher Aus-

gehört ebensowenig hierher; es genügt zu bemerken, daß sie in Geld oder Geldeswerth (Sachen oder Handlungen), sowie in Befreiung von Lasten bestehen können[56]).

B. Eine zweite Kategorie bilden diejenigen Forderungen, welche nicht wesentlich und beständig mit dem Rechtsgrunde, aus dem auf Restitution geklagt wird, verknüpft sind, sondern uur bei Gelegenheit desselben und secundär in Frage kommen können.

Hierher gehören zunächst alle die Forderungen, die mit einer actio contraria verfolgbar sind. Das Retentionsrecht derjenigen, denen ein contrarium iudicium zusteht, hat bei dieser Kategorie selbstverständlich eine eigenthümliche Bedeutung nur insofern, als es nicht wegen ersatzfähiger Impensen geltend gemacht wird, welchenfalls es diesen Personen auch schon auf Grund der ersten Kategorie zusteht, sondern nur insoweit, als es wegen anderweiter zufälliger Gegenforderungen prätendirt werden kann[57]). So hat z. B. der Pfandgläubiger, dem mehrere Sclaven verpfändet waren und der aus dem Erlöse einiger sich schon vollständig befriedigt hat, ein Retentionsrecht an den Uebrigen, bis ihm Aftercaution für die im Evictionsfalle von ihm versprochene Caution geleistet ist[58]); der bonae fidei possessor einer Erbschaft, welcher, dem Willen des Testators gemäß, ihm ein Grabmal setzen ließ, kann den angemessenen Aufwand, wegen dessen ihm gegen die Erben die actio negotiorum gestor. zustehen würde, auch durch Retention geltend machen[59]); desgleichen der Vater wegen der Aufwendungen, die er vor der Emancipation seines Sohnes rücksichtlich desselben gemacht hat, an der demselben testamentarisch herauszugebenden mütterlichen Erbschaft[60]); ferner der auf

---

legung von §. 33. 34. I. de rer. div. (II. 1.); der Handwerker, Künstler u. s. w. rücksichtlich ihrer Lohnforderungen wegen der Sachen, an oder in Bezug auf die sie thätig gewesen, u. A. (vgl. §. 58. sub k—m.) Indeß auch mehrere Fälle, wo nach seiner Meinung von einem eigentlichen Retentionsrechte die Rede ist, lassen sich unter den Gesichtspunkt bringen, daß bei gegenseitigen Contracten im Zweifel nur Zug um Zug erfüllt zu werden braucht.

56) Vgl. Schenck S. 181; die von ihm angezogene Stelle (c. 1. in f. X. de in integr. rest. (I. 41.) versucht eine Generalisirung: Providendum est tamen, ne si forte coloni possessiones illas expensis ac labore suo reddiderint meliores, sumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari.

57) Schenck S. 220—223 weist nach, daß die als Hauptstelle für die Legalität dieser Kategorie angeführte L. 18. §. 4. D. commod. (13. 6.): Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis, nicht vom ius retentionis, sondern compensationis (wie auch die Vulgata liest) mit Bezug auf L. 8. §. 2. D. de negot. gest. (3. 5.) verstanden werden könne.

58) L. 8. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) Bei dem Pfandgläubiger hat die retentio wegen der Impensen (L. 8. pr. D. cit.) übrigens nicht die Bedeutung des Retentions- sondern des Pfandrechtes, da sich dies auch in ea, quae in id impensa sunt, erstreckt. L. 8. §. 5. ibid. L. 6. C. de pign. (VIII. 14.)

59) L. 50. §. 1. D. de H. P. (5. 3.) Vgl. L. 32. pr. L. 14. §. 11. D. de religios. (11. 7.)

60) L. 58. D. de H. P. (5. 3.)

Herausgabe eines Erbschaftstheiles von seinem Miterben verklagte Partialerbe wegen des ratenmäßigen Kostenbetrages, den ersterer dem letzteren für einen von diesem allein geführten, alle Erben aber gleichmäßig berührenden, Proceß zu erstatten hat[61]). Ebenso hat jeder Mandatar, namentlich also auch der Proceßbevollmächtigte, wegen seiner mit dem contrarium iudicium verfolgbaren Ansprüche ein Retentionsrecht an den in seiner Detention befindlichen Sachen des Mandanten[62]). Der Commodatar hat gegen denjenigen, der wissentlich schadhafte Gefäße verlieh, in welchen das Hineingegossene verdarb, einen Anspruch auf Ersatz, den er, wenn er nicht das contrarium iudicium anstellen will, auch durch Retention der Gefäße geltend machen kann[63]). Auch dem Vormunde räumt die Praxis das Retentionsrecht an Sachen des Pupillen wegen der mit der contraria tutelae actio verfolgbaren Ansprüche ein[64]). Der einzige von denjenigen, welche ihre zufälligen Gegenansprüche durch ein contrarium iudicium verfolgen können, der zur Ausübung eines Retentionsrechtes nicht für befugt erachtet werden darf, ist der Depositar. Diesem ist durch die deutliche, keinen Zweifel lassende Bestimmung Justinian's, welche, als neuestes Gesetz, für uns bindend sein muß, obgleich sie nicht zu rechtfertigen ist, jedes Retentionsrecht, auch dasjenige wegen ersatzfähiger Impensen auf die deponirte Sache abgesprochen[65]). Si quis — res quasdam per depositionis

61) L. 39. pr. D. famil. hercisc. (10. 2.)

62) L. 25. D. de procurat. (3. 3.) Vgl. Schenck S. 181—187, 224.

63) L. 18. §. 3. (vgl. mit §. 4.) D. commod. (13. 6.)

64) Vgl. Schenck S. 225, 226 ibique n. 4. alleg. Die L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. (27. 4.) spricht allerdings nur von der Compensation, und diese wird der Regel nach auch genügen, den Vormund zu sichern; wie der Pupill aber durch Retention zum Ersatz der Impensen verpflichtet ist, so darf man auch wegen der sonstigen Ansprüche des Vormundes (gegen Rudorff, das Recht des Vorm. Bd. III, S. 184) das Retentionsrecht für zulässig annehmen.

65) L. 11. C. depos. (IV. 34.) Die ältere Doctrin und Praxis ließ zum Theil, trotz dieser allerdings an sich nicht gerechtfertigten Bestimmung Justinian's, das Retentionsrecht wenigstens wegen Forderungen für Impensen und wegen Ersatzes für den durch die Sache angerichteten Schaden zu (vgl. Glück Bd. XV, S. 199—204; Schenck S. 210—215, welche Beide die richtige absolut verneinende Meinung gut und ausführlich vertheidigen, wogegen Seuffert, Prakt. P. R. §. 316, N. 16 noch jetzt das Retentionsrecht des Depositars wegen nothwendiger Impensen für zulässig erklärt). Das classische Recht ließ dem Depositar, wie in allen Fällen des contrarii iudicii, das Retentionsrecht, wie wir zufällig durch eine in der Collatio L. Mos. et Rom. T. X. cap. 2. §. 6. aufbewahrte Stelle aus Modestinus (libro differentiarum secundo de deposito et commodato) wissen: Res deposita si subripiatur, dominus eo nomine habet furti actionem, quamvis eius, apud quem res deposita sit, intersit ob impensas in rem factas rem retinere. Aber gerade daß diese Stelle in die Pandekten nicht aufgenommen ist (obwohl L. 23. D. depos. vel c. (16. 3.) aus demselben Buche derselben Schrift des Modestinus entnommen ist und dem ersten Absatze des §. 5 der Coll. L. Mos. et Rom. l. cit. entspricht), zeugt unzweideutig dafür, daß in der L. 11. C. cit. einer derjenigen forcirten Versuche, die gesunkene Treue zu heben, gemacht werden sollte, die ein gesundes Rechtsleben nur wieder auszustoßen hat.

acceperit titulum, eas — reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque — — doli exceptionem opponat, — quum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur. — Zweitens gehören unter die Kategorie B. diejenigen Fälle, in denen die Herausgabe der zu restituirenden Sache oder eines Sachencomplexes verweigert wird, weil derjenige, dem die Restitutionspflicht obliegt, noch in Anlaß der Restitutionsobjecte zufällig Verbindlichkeiten auf sich genommen hat, rücksichtlich deren er vorgängige Befreiung oder Sicherstellung beanspruchen darf. So hat beispielsweise der auf Herausgabe der Dos belangte Ehemann das Retentionsrecht an derselben, bis die Ehefrau ihm wegen der von ihm bestellten cautio damni infecti ihrerseits Sicherheit geleistet hat[66]. Ebenso kann der Ehemann den fundus dotalis retiniren, welchen er über die Dauer der Ehe hinaus verpachtete, bis die Ehefrau ihm Sicherheit für den etwaigen Schaden geleistet hat, der ihm durch die über die Ehe hinausreichende Verpachtung entstehen könnte[67]. Nicht minder der Fiduciar gegen den Fideicommissar wegen der ihm abzunehmenden Verbindlichkeiten[67a].

C. Eine dritte Kategorie bilden diejenigen Fälle, in denen der Detentor einer an sich zu restituirenden Sache durch dieselbe einen Schaden erlitten hat. Daher kann in denjenigen Fällen, wo eine noxae deditio Statt hat, zweifelsohne der Beschädigte das beschädigende Object, wenn es auf eine fehlerfreie Weise in seinen Gewahrsam gekommen ist, retiniren[68]. Ebenso, wenn der durch einen Sclaven oder ein Thier oder eine andere Sache angerichtete Schaden unbedingt von dem Eigenthümer ersetzt werden muß, sei es, daß er (wie in den Fällen des Pfandrechtes und Commodats) wissentlich (culpa lata), oder (wie in den Fällen des Mandats) doch culposer Weise eine schadenbringende Sache in den Gewahrsam des beschädigten Pfandgläubigers, Commodatars, Mandatars u. s. w. kommen ließ[69]. Nicht minder kann der-

66) L. 55. D. Sol. matrim. (24 3.): Quum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, ut periculum amoveat. Vgl. Schenck S. 216 ibique n. 1. alleg.

67) L. 25. §. 4. eod.: Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit, Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se praestitum iri. Vgl. Schenck a. a. O. ibique n. 3. alleg.

67a) L. 69. D. ad S. C. Trebell. (36 1.): — caveri heredi oportet, si quid ex his evictum esset, quae ab ipso herede venissent; L. 36. eod.: — Heres iudiciis, quibus conventus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere, obstrictus manebit; ergo non alias cogetur restituere, quam si ei caveatur. Vgl. auch L. 78. §. 15. eod. und Schenck S. 218.

68) L. 61. §. 1. D. de furt. (47. 2.): — si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pignoraticia consequar, uti — aut damnum decidas, aut pro noxae deditione hominem relinquas. Vgl. L. 31. D. de pign. act. (13. 7.)

69) L. 61. cit. §. 3. 5. 6. L. 31. cit. Vgl. auch die Anm. 63 citirte

jenige, dessen Grundstück, vor bestellter cautio damni infecti, durch den Einsturz eines Nachbargebäudes beschädigt ist, auch bis zum Ersatz des damnum praeteritum und bis zu erfolgter Sicherstellung wegen etwa noch zu befürchtenden Schadens, die auf seinen Grund gefallenen Materialien retiniren[70]). Ganz das Gleiche gilt auch von denjenigen, auf deren Grundstücke Flöße, Schiffe oder andere Gegenstände durch Wassergewalt oder aus anderen, unverschuldeten Ursachen getrieben oder geworfen sind[71]).

D. Eine vierte Kategorie der Connexität umfaßt endlich diejenigen Fälle, in denen der Detentor aus der detinirten Sache seine Befriedigung zu fordern oder doch (ex fide bona) zu erwarten berechtigt ist. Aus diesem Grunde hat beispielsweise der Erbe, welcher die Falcidische oder Trebellianische Quart nicht durch Compensation (Deduction, Retention im Sinne von Behalten) von Hause aus oder nicht mehr erlangen kann, das Retentionsrecht an den vermachten Gegenständen, resp. der Erbschaft, gegen die Vermächtnißnehmer und Honorirten, zum Schutze seines Rechtes auf jene Quarten. Hat z. B. der Erbe von mehreren legirten Sachen einige schon entrichtet, so kann er die noch übrigen retiniren, bis ihm die Falcidische Quart auch mit Einrechnung des bereits Gegebenen voll entrichtet ist[72]). Ferner, wenn die Natur der legirten Gegenstände eine Theilung derselben von Hause aus nicht zuläßt, kann der Erbe einen Taxanschlag des Vermächtnisses den Bedachten mittheilen und bis dahin, daß sie die ihm an solchem zustehende Rate erlegen, das Retentionsrecht ausüben[73]).

Stelle. Die in L. 61. cit. (vgl. auch L. 23. §. 8. L. 29. D. de aedil. ed. (21. 1.)) enthaltenen ähnlichen Grundsätze für die Fälle der locatio conductio, emtio venditio gehören nicht hierher, da bei gegenseitigen Contracten das Retentionsrecht eben nichts Selbstständiges ist.

70) L. 7. §. 2. D. de damno inf. (39. 2.): Et Iulianus consultus, si, priusquam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est, et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere. Vgl. L. 6. L. 9. pr. D. eod.

71) L. 9. §. 3. eod.: Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses. Vgl. L. 5. §. 4. D. ad exhib. (10. 4.) L. 8. D. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 9. §. 1. 2. D. de d. inf. (39. 2.) Daß übrigens die teutschrechtliche Pfändung, wodurch man sich erst in Besitz setzt, um sich die Zahlung und den Beweis eines erlittenen Schadens zu sichern, nicht hierher gehört, bemerkt schon Glück a. a. O. S. 129, 130, vgl. Schenck S. 233.

72) L. 16. §. 1. D. ad L. Falc. (35. 2.): Si ex pluribus rebus legatis heres quasdem solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest, etiam pro his, quae iam datae sunt.

73) L. 80. §. 1. D. eod.: — Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri,

Ebenso kann der Erbe, dem ein Universalfideicommiß auferlegt war, und der, ohne Retention (Deduction) der Trebellianischen Quart, die ganze Erbschaft restituirt hat, wenn er demnächst in den Besitz von Erbschaftssachen gelangt, den klagenden Fideicommissar mit der Einrede des Retentionsrechtes abweisen[74]). Ein anderer unter diese Kategorie gehörender Fall betrifft das Retentionsrecht desjenigen, dem ein Nicht-eigenthümer eine fremde, ihm auch nicht geschuldete Sache verpfändete, wenn das Pfandrecht, obwohl der Verpfänder demnächst Eigenthümer wurde, aus dem Grunde nicht convalescirt, weil dem Pfandnehmer von Hause aus bekannt war, daß das Pfandobject nicht dem Verpfänder gehöre[75]): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui n o n i g n o r a v i t alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit p o s s i d e n t i r e t e n t i o. Hierher gehört ferner der vielbesprochene Fall der L. 26. §. 4. D. de cond. ind. (12. 6.): Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi: competere repetitionem, Marcellus libro XX. Digestorum scribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia soluta parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: nemo

---

ut aestimatione facta legati, denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat u t a t u r a d v e r s u s e u m e x c e p t i o n e d o l i m a l i.

74) L. 21. D. ad S. C. Trebell. (36. 1.); Heres quum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita; similem enim esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt, s e d p o s s e e u m r e r u m h e r e d i t a r i a r u m p o s s e s s i o n e m vel r e p e t e r e vel n a n c i s c i, et adversus agentem d o l i m a l i e x c e p t i o n e uti posse eum, et debitoribus denuntiare, ne solveretur. Der Doppelbegriff von retinere, im Sinne von Be= und Zurückhalten, der bei den Quarten häufig vorkommt, hat viele Neuere, namentlich S c h e n c k S. 217, 218 verleitet, hier mehrere Fälle aufzuführen, die gar nicht unter das Retentionsrecht gehören. Wenn derselbe hierher auch noch das Retentionsrecht des Pflichttheilsberechtigten zieht, sowie das „gemeinrechtliche und partikularrechtliche Retentionsrecht des Ehemannes an den Gütern seiner verstorbenen Frau", bis zur Befriedigung ihrer Erb=ansprüche, so ist nicht einzusehen, wie hierin ein Retentionsrecht in unserem Sinne gefunden werden könne.

75) L. 1. pr. D. de pign. (20. 1.) Diese Stelle muß hierher gezogen werden, denn es ist in der That nur ein Retentionsrecht in unserem Sinne, was dem w i s s e n d e n Pfandnehmer zusteht; das Pfandrecht convalescirt nicht, wie sonst wohl (vgl. L. 16. §. 7. D. eod. L. 5. C. Si aliena r. p. (VIII. 16.) L. 9. §. 3. D. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 41. initio D. de pign. act. (13. 7.) L. 23. D. de probatt. (22. 3.)) S c h e n c k S. 239 findet hierin einen der Fälle der von ihm sog. positiven Connexität; die exceptio doli generalis wurde aber sehr mit Recht gegeben, wenn diejenige Sache, aus der die Befriedigung gesichert werden sollte, von dem, der sie gab, zurückverlangt wird, da der Retentor in diesem Falle gewiß ex fide bona erwarten durfte, aus ihr seine Befriedigung zu erhalten. Vgl. übrigens auch L. 7. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) L. 16. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. un. C. de reput. (II. 48.)

enim invitus compellitur ad communionem. Sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur. Nur weil das irrthümlich zu niedrig in solutum gegebene Grundstück zur Befriedigung bereits destinirt war, ist hier ein Connexitätsfall vorhanden. Zwar wird die datio in solutum als mit Recht angefochten bezeichnet; ex fide bona aber durfte der mit der condictio indebiti belangte Gläubiger erwarten, daß ihm für das bereits in Zahlung hingegebene Grundstück anderweit vollständige Befriedigung werde; es lag hier gewiß ein Grund vor, das Retentionsrecht demjenigen zu gewähren, der seine Befriedigung aus einer Sache ex fide bona zu erwarten berechtigt war[76]). Weniger Grund, eine Connexität um deshalb anzunehmen, weil der Gläubiger aus einer bestimmten Sache seine Befriedigung ex fide bona erwarten durfte, liegt auf den ersten Anschein in dem Falle vor, der gewöhnlich als die absolute Ausnahme von der Regel der Connexität betrachtet wird, daß nämlich der Pfandgläubiger auch wegen solcher Forderungen, wegen deren ihm kein Pfand an der nach gelöstem Pfandnexus in seiner Gewahrsam verbliebenen Sache zusteht, den auf Herausgabe klagenden Debitor mit der Einrede des Retentionsrechtes abzuweisen für berechtigt erachtet worden ist. Gordian verordnete nämlich[77]): Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. Quodsi pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus fueris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea tibi quoque pecunia a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.

---

76) Den Connexitätsgrund dieser Stelle zu finden, hat der Doctrin viel Mühe gemacht (vgl. u. A. Glück a. a. O. S. 128, 130, G. L. Böhmer a. a. O. §. 11). Schenck S. 236 findet hierin wieder einen Fall der positiven Connexität. Das von Einigen, wie u. A. Glück S. 128, 129 a. a. O. hierher gerechnete sog. Retentionsrecht des Vermiethers an den invectis illatis des Miethers (L. 4. L. 9. D. in quib. caus. pign. (20. 2.) ist kein Retentionsrecht, sondern nur Ausfluß des Pfandrechtes; was nicht tacite als verpfändet gilt, kann mit dem interdictum de migrando gefordert und darf nicht retinirt werden, wie L. 1. §. 5. D. h. t. (43. 32.) ausdrücklich sagt: quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore. Die Retention des Locator hatte nur bei inducirten Sclaven eine Bedeutung, die, so lange sie noch nicht wegen Forderungen aus dem Miethsvertrage retinirt waren, freigelassen werden konnten, was vom Moment der Retention ab nicht mehr zulässig war (L. 9. cit. D. (20. 2.) Die von Schenck S. 240 angeführte L. 23. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) gehört nicht hierher, weil die in derselben enthaltenen Worte „retineri atque compensari" dasselbe bedeuten, retinere also hier wiederum im Sinne von „behalten" gebraucht ist.

77) L. un. C. etiam ob chirogr. pec. pign. teneri (VIII. 27.)

Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Indeß ist nicht zu leugnen, daß der pfandbesitzende Gläubiger ex fide bona erwarten darf, sein Schuldner werde gegen ihn die pignoraticia actio nicht anders anstellen, als wenn er ihn auch wegen seiner sonstigen Forderungen befriedige. Das Rescript Gordian's, aus einer der classischen Jurisprudenz nicht zu fern liegenden Zeit (231), bemerkt, daß der der Einzelentscheidung zu Grunde gelegte Rechtssatz ein dem geltenden Rechte entnommener sei (iure contendis). Der retinirende Gläubiger darf um so mehr von dem die Restitution verlangenden Schuldner die Befriedigung auch der simplen, chirographischen Forderungen ex fide bona erwarten, als die Erfahrung des Lebens bezeugt, daß, wenn ein Pfand vorhanden ist, eine Crediterneuerung dem Schuldner um so bereitwilliger unter stillschweigender Vertröstung auf die vorhandene Sicherheit gewährt wird, ohne daß eine ausdrückliche neue Verpfändung stattfindet[78]). Ist aber der Gläubiger ex fide bona zu erwarten berechtigt, daß bis zu seiner vollständigen Befriedigung der Debitor ihm das in seinen Händen befindliche Pfand nicht abverlange, so handelt dieser, wenn er es dennoch thut, contra bonam fidem, und begründet dadurch eben das mittelst der exceptio doli generalis geschützte Retentionsrecht. Das Gordianische Rescript hat zu mehreren Controversen[79]) Veranlassung gegeben, die zum Theil unschlichtbar sind, weil wir die näheren Umstände der Einzelentscheidung nicht kennen. Man nimmt jetzt überwiegend an, daß jenes Rescript sich nicht blos auf den Faust- oder Conventionalpfandgläubiger, sondern auf jeden hypothekarischen Gläubiger bezieht, der auf eine fehlerfreie Weise in den Besitz des Pfandobjectes gekommen ist[80]). Ebenso ist die Mehr-

---

78) Schenck S. 244.

79) Der Widerspruch, den man in demselben mit L. 11. §. 3. D. de pign. act. (13. 7.) und L. 4. L. 22. C. de usur. (IV. 32.) hat finden wollen, ist nicht vorhanden, da diese Gesetze die regelmäßige retentio iure pignoris, nicht aber die singuläre Gordianische Retention im Auge haben. Vgl. Schenck S. 245—252. Vangerow, Pand. (3. Aufl.) Bd. I, S. 791, N. 1.

80) Vgl. Schenck S. 253, 254. Vangerow a. a. O. S. 791, 792. Abweichender Meinung sind die von Schenck N. 1 Angeführten. Aus den Worten des Rescriptes läßt sich allerdings eher entnehmen, daß möglicherweise der Gläubiger auch keinen Besitz an dem beweglichen Pfandobjecte erlangt hatte (pignoris tamen habes persecutionem. Ac si.). Die als angestellt zu supponirende actio pignoraticia kann ebensowohl als utilis gedacht werden (L. 34. D. de damno inf. (39. 2.) L. 27. D. de pign. (20. 1.). Das im Texte angegebene Motiv tritt allerdings am deutlichsten bei einem fortgesetzten Darlehensverkehre nach bestelltem Faustpfande hervor, und de lege ferenda dürfte es gerechtfertigt sein, das Retentionsrecht nur wegen Darlehensforderungen, die vom Faust-

zahl der Rechtslehrer darüber einig, daß die Retention nicht blos wegen Darlehens-, sondern auch wegen anderer Forderungen geübt werden kann[81]). Nöthig ist nur, daß im Augenblicke der Entstehung der simpeln Retentionsforderung das Pfandrecht noch nicht erloschen war. Hat ein Dritter das Pfandrecht bestellt, so kann so wenig wegen anderweiter Schulden des Verpfänders, als des Hauptschuldners retinirt werden; desgleichen auch nicht wegen durch Cession erlangter und wegen solcher Forderungen, rücksichtlich deren anderweit sufficiente Pfandrechte bestellt sind[82]).

Sind in den obigen vier Kategorien die Principien richtig angegeben, von denen naiv geleitet die römischen Juristen bei Fällung ihrer Einzelentscheidungen zu Werke gegangen sind; so folgt daraus, daß das Retentionsrecht nicht aus anderen Kategorien gegeben werden darf[83]), und daß eine Legislation sich damit zu begnügen hat, diese reproducirten Kategorien zu sanctioniren, unter welche die Praxis des täglich neue Verwickelung gebärenden Lebens eine ähnliche Fülle von Einzelentscheidungen subsumiren kann und wird, wie wir sie beispielsweise aus der Casuistik unserer Quellen vorzuführen versucht haben. Wenn wir nun noch kurz

III. Die Wirkungen des Retentionsrechtes betrachten, so ist schon oben[84]) darauf aufmerksam gemacht worden, daß dasselbe nicht ein selbstständiges, weder persönliches, noch dingliches Recht ist, vielmehr rechtlich nur als Exception des Beklagten in einem gegen ihn angestrengten Proceß wegen Restitution einer Sache oder eines Complexes von solchen in Betracht kommt, welche vorgeschützt wird, nicht um den Grund der Klage zu zerstören, sondern um die Abweisung zur Zeit herbeizuführen (exceptio dilatoria). Nach der durch den J. Reichsabschied im gemeinen teutschen Processe sanctionirten Eventualmaxime muß sie daher sofort mit der Litiscontestation verbunden werden[85]). Weil es nur ein durch Exception geschütztes Recht ist und

---

pfandsetzer nach der Hingabe des pignus in den Besitz des Gläubigers während der Giltigkeit desselben contrahirt worden, zuzulassen.

81) Vgl. Vangerow a. a. O. N. 3. Schenck S. 255. A. M. sind die von Letzteren N. 4 Genannten.

82) Vgl. die in Anm. 80 cit. a. a. O. Der Irrthum Mühlenbruch's, Cession S. 575, daß die Schlußworte des Gordianischen Rescriptes nicht dem zweiten Creditor das Retentionsrecht absprechen, sondern nur ausdrücken sollen, daß derselbe bei Ausübung des ius offerendi das Retentionsrecht des ersten Creditors nicht zu berücksichtigen braucht, ist von Vangerow a. a. O. N. 2 s. fin. und den daselbst Allegirten genügend widerlegt.

83) Daß das Retentionsrecht nur auf die in den Quellen angegebenen Fälle beschränkt werden dürfe, ist allerdings ein Irrthum, der u. A. von Glück a. a. O. S. 123, 130, um deshalb begangen wird, weil nach seiner Ansicht das Retentionsrecht eine erlaubte Selbsthilfe bildet, und die dasselbe normirenden Quellen daher strict zu interpretiren sind.

84) Vgl. oben Anm. 19.

85) Der bei Schenck S. 314 citirte v. Bülow, Abhdl. über einzelne

nicht zu dem Umfange des Forderungsrechtes gehört, kann dessen Abtretung auch vom Cessionar der Forderung, rücksichtlich deren dem Cedenten eine Retention möglich gewesen wäre, nicht, wie die Mitcession des Pfandrechtes, verlangt werden[86]). So lange die Retentionsforderung noch nicht gänzlich getilgt ist, bleibt das Retentionsrecht in voller Kraft, ohne daß es darauf ankäme, daß der Werth des Retentionsobjectes in einem Verhältnisse zur Forderung stehe[87]), ebensowenig wie die Natur der Sachen einen Unterschied macht, und namentlich auch diejenigen Sachen retentionsfähig sind, welche von der Executionsvollstreckung ausgenommen sind[88]). So lange die Retention dauert, ohne daß der Retentionsgegner sich durch das in derselben liegende compelle zur Zahlung der Retentionsforderung bestimmen läßt, ist der Retentor, gleich dem Faustpfandgläubiger, zur Prästation von omnis culpa, insonderheit zur diligentia de custodiendo verpflichtet, die unter Umständen eine Administration bedingen kann[89]). Aus der Natur des Retentionsrechtes, als einer blos dilatorischen Einrede, folgt endlich,

---

Mat. d. röm. Rechtes Bd. II, S. 218—220, behauptet ohne Grund, daß die Einrede des Retentionsrechtes von dem Beklagten nicht der rei vindicatio, sondern der actio iudicati entgegengesetzt werden könne. Schenck widerlegt sehr sorgfältig die nur aus einer gänzlichen Verkennung des Retentionsrechtes erklärlichen Annahmen mehrerer Schriftsteller, daß dasselbe kein Benutzungs- und Veräußerungsrecht giebt (S. 274, 275), daß dasselbe demjenigen, der sie nicht schon als possessor hatte, keine Klage ertheilt (S. 299—306). Auch sucht er darzuthun, daß unter Umständen gegen den Verlust des Retentionsrechtes rest. in integrum zulässig sei (S. 306—312), wobei verkannt ist, daß die den Grund der rest. in integr. bildende laesio durch das Recht selbst herbeigeführt sein muß.

86) Mühlenbruch, Cession 57 s. f. Schenck S. 325—328 behauptet das Gegentheil. Wohl aber kann ein dritter Besitzer wegen Impensen seines Auctors auf die vindicirte Sache diese retiniren (L. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.): — is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius est, ut in hac specie expensae retineantur. Der successor singularis kann dies aber nicht, weil der Anspruch auf Impensen ihm cedirt wäre (wie Schenck meint), sondern er thut es und muß es thun, weil er, sofern ihm das Impensenverhältniß bekannt war, nur wegen des Restes an seinen Autor sich regressiren kann. Hat der Singularsuccessor ex causa lucrativa erworben und daher kein Evictionsrecht, so kann er nichtsdestoweniger wegen der Impensen retiniren, weil ihm jedenfalls das Impendirte ex causa lucrativa erworben war. Hat endlich der Singularsuccessor gewußt, daß er eine fremde Sache erwarb, so kann er nicht retiniren, weil seine possessio perperam acquisita und mithin zur Ausübung der Retention nicht geeignet ist (vgl. hierüber Franke, Beiträge Abth. I, Abhandl. II, S. 58, 59, der hiermit im Resultate, wenn auch nicht in der Motivirung übereinstimmt).

87) Auch retentionis causa est indivisa, und der Retentor daher nicht verpflichtet, eine ihm offerirte Caution anzunehmen. Vgl. Schenck S. 108—110, 346—353.

88) Vgl. Denselben S. 100—112.

89) Vgl. Denselben S. 276—282. L. 5. §. 22. D. ut in poss. legator. (36. 4.)

daß es, gegenüber denjenigen, die mit einer dinglichen Klage auf Restitution auftreten, blos auf dem Grunde, weil seine Entstehung älter als die des dinglichen Rechtes des Klägers ist, kein Vorzugsrecht gewährt[90]. Unter den Gründen, aus denen das Retentionsrecht erlischt, verdient schließlich allein[91]) wegen der Controversheit die Frage noch eine Erwähnung, ob dasselbe durch Eröffnung des Concurses aufgehoben werde. Indeß kann es keinem Bedenken unterliegen, daß unser Retentionsrecht[92]), gegen die Ansicht Einiger[93]), nach der übereinstimmenden Meinung der Mehrzahl der Schriftsteller, wie der Praxis durch die Concurseröffnung erlischt. Nicht blos die attractive Natur des teutschen Concurses und sein Princip, daß jedes veräußerliche Vermögensstück zu der gerichtlich zu realisirenden und zu vertheilenden Masse gezogen wird, duldet nicht das Fortbestehen des Retentionsrechtes, sondern dasselbe kann auch namentlich um deshalb nicht gegen das corpus creditorum prätendirt werden, weil die gesammte Gläubigerschaft des Cridars, nach Analogie der römischen Mission, ein gemeinsames prätorisches Pfandrecht an der Masse gewinnt, welchem, wie jedem selbstständigen dinglichen Rechte, der bloße Retentor mit seiner exceptio doli nicht gegenübertreten darf[94]).

Gustav Lenz.

Richter[1]). Die Personen, welche das Gericht, die von der Staatsgewalt zur Handhabung der Rechtspflege und zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung im Staate bestellte Behörde, bilden, sind entweder Hauptpersonen, deren Theilnahme an den gerichtlichen

---

90) Schenck S. 285—299. Derselbe führt namentlich aus, daß der Pfandgläubiger, welcher die Restitution der ihm verpfändeten Sache von einem bonae fidei possessor fordert, welcher nach constituirtem Pfandrechte Impensen auf dieselbe gemacht hat, nur deshalb sich die Einrede der Retention gefallen lassen muß, weil dadurch auch für ihn res pretiosior facta est (L. 29. §. 2. D. de pign. (20. 1.) L. 44. §. 1. D. de damno inf. (39. 2.)).

91) Schenck führt S. 331—357 weitläufig die meist sich von selbst verstehenden allgemeinen Erlöschungsgründe an, wie Entsagung, Bezahlung der Forderung u. s. w., untermischt mit mehreren, die, wie Zeitablauf und Eintreten einer Resolutivbedingung, sich auf das von ihm statuirte s. g. ius retentionis voluntarium beziehen. Vgl. Sintenis, das Pr. Gem. Civilrecht a. a. O. N. 92.

92) Die Frage, ob der besitzende Pfandgläubiger ex iure pignoris nach ausgebrochenem Concurse retiniren darf, gehört nicht hierher (vgl. hierüber Vangerow a. a. O. sub N. 4.)

93) Vgl. die bei Schenck S. 348, N. 4 Aufgeführten.

94) Schenck vertheidigt die richtige Meinung S. 346—353. Vgl. auch Heffter, Syst. d. Civilproceßr. (2. Ausg.) S. 652, N. 68, sowie das Gutachten des OAGerichtes zu Darmstadt v. 18. Febr. 1848 bei Seuffert, Arch. Bd. IV, S. 315—318.

1) Was in den Artikeln Gericht und Gerichtsbarkeit vorkommt, wird hier nicht weiter berührt; hier wird von der Person des Richters, dessen Fähigkeit und Unverdächtigkeit gehandelt. Ueber das Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden siehe den Artikel Administrativjustiz und Proceß.

Verhandlungen zu deren Giltigkeit und Rechtsbeständigkeit wesentlich gehört, oder **Nebenpersonen**, deren Mitwirkung bei den gerichtlichen Verhandlungen nicht wesentlich nothwendig ist, nur zur Erleichterung und Beförderung derselben dient. Gemeinrechtlich sind die Hauptpersonen des Gerichtes der Richter und der Actuar[2]). Der Richter ist der vom Staate zur Entscheidung der ihm vorgelegten Rechtsstreitigkeiten in Gemäßheit der Gesetze und zur Vollziehung der rechtskräftigen Entscheidung bestellte Beamte. Zu dieser Amtsverrichtung wird Fähigkeit und Unverdächtigkeit des Richters verlangt. I. Die **Fähigkeit** des Richters ist dann vorhanden, wenn alle die nach den Gesetzen des Staates, in welchem Jemand das Richteramt ausüben soll, nothwendigen Erfordernisse zur Ausübung des richterlichen Amtes überhaupt oder in einer bestimmten Sache vorliegen. Fehlen diese Erfordernisse, so ist entweder absolute oder relative Unfähigkeit vorhanden; die Folge ist immer Nichtigkeit der vorgenommenen Handlungen. Eigenschaften, welche zum Richteramte überhaupt nothwendig verlangt werden, sind nach gemeinem teutschen Rechte: 1) ein bestimmtes Alter. Die römischen Bestimmungen darüber[3]) mögen sich ursprünglich auf die iudices im Gegensatze des Magistrates bezogen haben[4]); sie sind aber auch auf Magistrate ausgedehnt worden; es wurde jedoch in der Anstellung eines Minderjährigen als Magistrat durch den Kaiser auch die Dispensation vom erforderlichen Alter gefunden[5]). Im kanonischen Rechte wird ein Alter von 20 Jahren verlangt; jedoch werden Ausnahmen zugelassen, wenn die Anstellung des Richters vom Regenten selbst ausgegangen ist, oder wenn die Parteien, mit dem wenigstens 18 Jahre betragenden Alter des Richters bekannt, einwilligen, daß derselbe die Entscheidung fälle[6]). 2) Unfähig sind Taube, Stumme, Wahnsinnige und Unmündige, weil es ihnen an der

---

2) Cap. 11. X. (II. 19.) Vgl. über den Actuar und die Protocolle den Artikel **Protocoll** des Rechtslexikons Bd. VIII, S. 516 flg.

3) L. 57. D. (42. 1.) L 41. D. (4. 8.)

4) So L. 41. D. (4. 8.) **Brackenhöft**, Erörterungen S. 199, N. 7.

5) L. 57. D. (42. 1.)

6) Cap. 41. X. (I. 29.) Letztere Ausnahme wäre allenfalls bei Patrimonialgerichtsverwaltern noch denkbar; da aber auch bei Anstellung dieser der Gerichtsherr die allgemeinen Erfordernisse, die zur Bekleidung des Richteramtes überhaupt nothwendig sind, beobachten muß und der Staat auch diese Anstellungen zu überwachen hat, so kann ein zum Gerichtsverwalter vom Gerichtsherrn Designirter, welcher nicht das gesetzliche Alter hat, vor der Bestätigung durch den Regenten oder in dessen Namen durch die obere Justizbehörde nicht für fähig zum Richteramte gehalten werden. Consentiren die Parteien darin, daß er entscheide, so fungirt er nicht als Richter, sondern als Schiedsrichter. Das cap. 5. §. 3. de procurator. in VI. (I. 19.) bezieht sich nicht auf deputirte Richter, wie **Brackenhöft** a. a. O. meint, welche 25 Jahre alt sein müßten, sondern auf den Proceßprocurator (procurator ad iudicia im Gegensatze zu dem procurator ad negotia überhaupt). **Schmid**, Hdbch. des Civilpr. Bd. I, §. 25, N. 3.

zum Richteramte erforderlichen Einsicht fehlt[7]), Frauenspersonen, weil sie von öffentlichen Aemtern überhaupt ausgeschlossen sind[8]), nicht aber nach römischem Rechte Blinde[9]), welche jedoch nach teutschem Rechte allerdings für unfähig zu achten sind[10]); 3) muß Rechtskenntniß als Erforderniß zur Bekleidung des Richteramtes gelten[11]); nicht weniger 4) unverletzte bürgerliche Ehre[12]); 5) Bekenntniß der christlichen

---

7) L. 12. §. 2. D. (5. 1.) Wegen der furiosi s. auch L. 39. pr. L. 46. D. (5. 1.) Nur beständig Geisteskranke sind nach römischem Rechte schlechterdings unfähig. Allein der gänzliche Mangel der Einsicht wird für einen absoluten Unfähigkeitsgrund gehalten werden müssen. S. Brackenhöft a. a. O. S. 199. Dies bezieht sich eigentlich auf die vom Magistrate zu ernennenden iudices, leidet aber auch auf unsere heutigen Richter Anwendung.

8) L. 12. §. 2. D. cit. Vgl. die vorige Note.

9) L. 1. §. 5. D. (3. 1.) L. 6. D. (5. 1.) Die Bestimmung, daß der Richter das Erkenntniß aus der Schrift vorlese (L. 2. 3. C. (VII. 44.)) hindert nach römischem Rechte die Bekleidung des Richteramtes durch einen Blinden nicht; denn läßt der Staat einen solchen dazu zu, so erkennt er auch an, daß sich der Blinde dabei vertreten lassen kann, und es würde dann selbstverständlich das in L. 2. C. cit. den iudices illustres ertheilte Vorrecht, das Urtheil durch Assessoren oder Subalternen publiciren zu lassen, auch bei Blinden eintreten. Schmid, Hdbch. Bd. I, S. 44.

10) Zwar kann man nicht das Schwäb. Landr. Cap. 75, welches Blinde ebenso wie Lahme für unfähig erklärt, dafür anführen; aber bei der Schriftlichkeit des Verfahrens, wo der Richter vom Acteninhalte selbst sich unterrichten muß, kann wenigstens ein Blinder zum Einzelrichter nicht bestellt werden. In Richtercollegien läßt sich bei schriftlichem Verfahren eine richteramtliche Thätigkeit eines Blinden als Votant denken, aber nicht als Referent. Ich muß daher Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 30 beistimmen, wenn er Blinde für unfähig hält.

11) Nov. 82. pr. Indessen ist dieses Erforderniß weniger aus diesem Gesetze abzuleiten, als daraus, daß der Richter nach den Gesetzen entscheiden soll, also Kenntniß derselben dazu gehört. Daß in dem in vielen teutschen Ländern eingeführten neuen Criminalverfahren einzelne richterliche Functionen auf die Geschworenen übertragen worden sind, macht dieselben noch nicht zu Richterbeamten.

12) Nach römischem Rechte sind unfähig infames, weil die Infamie überhaupt das ius honorum entzieht, aus dem Senat Gestoßene (L. 12. §. 2. D. (5. 1.)) und insofern das Richteramt zu der Zeit der Kaiser mit einem höheren Staatsamte, einer dignitas, verbunden war, sind nicht blos famosi et notati, sondern auch diejenigen, welche einen schlechten verächtlichen Lebenswandel führen, für unfähig erklärt. L. 2. C. (XII. 1.) Nach dem teutschen Rechte wurden belehnte Richter durch Ehrlosigkeit unfähig, weil dieselbe den Verlust des Lehens bewirkte (Sächs. Landr. B. I, Art. 40) und Rechtlosigkeit machte zum Richter- und Schöffenamte unfähig (Sächs. Landr. B. I, Art. 61. B. III, Art. 70. Schwäb. Landr. Cap. 86). Brackenhöft a. a. O. S. 200. Heutzutage können diese römischen sowohl als teutschen Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen, weil diese Zustände, welche wir mit Ehrlosigkeit und Anrüchigkeit bezeichnen, von der infamia und teutschen Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit verschieden sind. Aber die Würde des Richteramtes verlangt unverletzte bürgerliche Ehre von Seiten dessen, der es bekleiden soll, während ein bloßer übler Ruf zwar ein Hinderniß für die Anstellung als Richter ist, keineswegs aber den Verlust eines auf sich habenden Richteramtes von selbst zur Folge hat, obwohl die Beseitigung

Religion [13]), d. h. zu einer in Teutschland anerkannten Confession [14]); 6) Leistung des Richtereides [15]). — Relativ unfähig ist der Richter: 1) in eigener Sache [16]), als welche es aber nicht angesehen wird, wenn der Richter über die dem Gerichte als solchem zustehenden Befugnisse, namentlich dessen Zuständigkeit, entscheidet [17]); 2) in den Sachen seiner Ehefrau und seiner Kinder [18]), welchen unbedenklich auch Sachen der Adscendenten des Richters gleichzustellen sind [19]), nicht aber Sachen der Dienstboten [20]); 3) wenn der Richter vor Erlangung des Richteramtes

---

eines unwürdigen Richters im Interesse des Staates liegt und daher auf dem Disciplinarwege darauf hingewirkt werden kann.

13) Die hierauf bezüglichen Stellen der Reichsgesetze (Reichsabsch. v. 1555 §. 106. J. P. O. Art. VII, §. 1. J. Reichsabsch. §. 23. Visitationsabsch. v. 1713 §. 7 vgl. mit §. 24) beziehen sich allerdings nur auf das Reichskammergericht, sie sind aber allgemein genommen worden, was, da die Juden den Christen nach gemeinem Rechte in Teutschland nie gleichgestanden haben, sich von selbst rechtfertigt. A. M. ist Brackenhöft a. a. O. S. 201.

14) Daß die Bundesacte Art. 16 die Gleichstellung der Christen in bürgerlichen und politischen Rechten in den Bundesstaaten nur in diesem beschränkten Sinne verstanden habe, geht aus den derselben vorhergegangenen Verhandlungen hervor.

15) L. 14. pr. C. (III. 1.) Nov. 8. in fin. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. 57. Juden sind schon deshalb unfähig, weil der in diesen Gesetzen vorgeschriebene Richtereid, das Bekenntniß zum Christenthum voraussetzt. Nichtsdestoweniger erklärt Brackenhöft a. a. O. S. 201 auch Juden für fähig, weil sie überhaupt zur Eidesleistung fähig seien. Die Rabbinen haben gemeinrechtlich keine wirkliche Gerichtsbarkeit, sondern können nur unter jüdischen Parteien auf deren Compromiß als Schiedsrichter entscheiden. L. 8. C. (I. 9.) Wo sie wirkliche Gerichtsbarkeit ausüben, beruht dies auf besonderer Landesverfassung und Privilegien. Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 82. Mittermaier, Grunds. des teutsch. Privatr. §. 118.

16) L. un. C. (III. 5.) Die einander anscheinend widersprechenden Digestenstellen (L. 10. D. (2. 1.) L. 77. D. (5. 1.)) stehen nicht im Widerspruche, da in der ersten Stelle vom ius dicere des Magistrates, in der zweiten vom iudicare des iudex die Rede ist. Duaren. Disputat. I. c. 53. Mit Aufhebung des Formularprocesses mußte, was ursprünglich vom Magistrate galt, nunmehr von den rechtsprechenden Behörden im allgemeinen gelten, und daher ist in der Codexstelle das ius sibi dicere und sibi esse iudicem verboten. Burckhard, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. f, Bd. II, S. 103—105. Als causa propria wird diejenige bezeichnet, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. L. 1. §. 11. D. (49. 4.) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 108, N. 17. Nicht minder ist als eine solche für den Richter zu achten, wenn er Erbe einer Partei wird. L. 17. D. (5. 1.)

17) L. 5. D. (5. 1.) Vgl. L. 2. pr. D. (2. 5.) Burckhard a. a. O.

18) L. 10. D. (2. 1.)

19) Ueberhaupt kann als Regel gelten, daß die Amtsthätigkeit des Richters insoweit ausgeschlossen ist, als er in der Sache nicht als Zeuge zulässig wäre. L. un. Th. C. ne quis in sua caus. iudic. Burckhard a. a. O. S. 109. In L. un. C. (III. 5.) fehlt die im Theodosischen Coder von der Unzulässigkeit des Zeugnisses in eigener Sache auf das Richten in eigener Sache gemachte Anwendung.

20) L. 10. D. (2. 1.) kann dafür nicht angeführt werden, da es keine Sclaven und Freigelassene in Teutschland giebt. Burckhard a. a. O. S. 110.

in der zu verhandelnden Sache Advocat war[21]); 4) wenn der Richter bestochen worden ist[22]). Die Unfähigkeit des Richters zur Amtsthätigkeit in eigener Sache und den Sachen seiner unter 2) genannten Angehörigen gilt übrigens sowohl von der streitigen als von der freiwilligen Gerichtsbarkeit[23]). Zwar enthält das römische Recht darüber abweichende Bestimmungen. Von Manumissionen, Emancipationen und Adoptionen wird gesagt, daß solche vom Magistrat (apud quem est legis actio) selbst in eigener Sache vorgenommen werden könne, daß also der Beamte seine Sclaven bei sich freilassen, seinen Sohn bei sich emancipiren und in Adoption geben sowie bei sich adoptiren könne[24]); hinsichtlich derjenigen Handlungen der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche einer causae cognitio von Seiten des Beamten bedurften, welche auch in manchen Fällen der vorher gedachten Handlungen nothwendig sein konnte, war die Thätigkeit des Beamten bei eigener Betheiligung ausgeschlossen, außer wenn die causae cognitio, wo dieselbe eintreten mußte, vor einem anderen Beamten erfolgt war[25]). Sowie die zur Zeit des Formularprocesses stattfindende Scheidung der Thätigkeit des Magistrates das ius dicere, von der Thätigkeit des iudex, dem iudicare, wesentlich auf römischen staatsrechtlichen Einrichtungen beruht, so ist dies auch mit der Theilung der Thätigkeit bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall. Eine solche Theilung findet in Teutschland nicht mehr statt; die Thätigkeit concentrirt sich gemeinrechtlich in der Hand desselben Beamten, und wie die Römer mit der Aufhebung des ordo iudiciorum privatorum nothwendig zu der Regel gelangten, daß kein Beamter in eigener Sache richten dürfe[26]), ebenso müssen wir jetzt nothwendig zu dem Satze kommen, daß ein Beamter Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in eigener Sache nicht vornehmen dürfe, wenn eine causae cognitio dabei in Frage steht[27]). — Die Handlungen eines unfähigen Richters sind absolut nichtig; es ist daher Pflicht des Richters, sich seiner Amtsthätigkeit zu enthalten. Ohne Zweifel kann auch jede Partei den unfähigen wie den verdächtigen Richter recusiren und kann möglicher Weise selbst den Beweis der Unfähigkeit übernehmen müssen[28]). Sie ist auf die Gründe der Unfähigkeit aufmerksam zu machen, sowie zum Beweise derselben in jeder

---

21) L. 6. pr. C. (II. 6.) L. 17. D. (2. 1.) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. XIII, §. 15. Im kanonischen Rechte macht dies den Richter nur verdächtig. Cap. 36. X. (II. 28.)

22) L. 17. C. (VII. 64.)

23) Burckhard a. a. O. S. 105—108.

24) L. 3. 4. D. (1. 7.) L. 1. 2. D. (1. 14.) L. 2. D. (1. 18.)

25) L. 1. §. 2. D. (1. 10.) Burckhard a. a. O. S. 96—107 auf dessen weitere Ausführung hier verwiesen wird.

26) L. un. C. (III. 5.)

27) Burckhard a. a. O. S. 107, 108.

28) Linde, Civilproc. §. 81. Schmid, Handbuch des Civilpr. Bd. I, S. 46.

Lage des Processes befugt[29]). Absolute Unfähigkeit kann dadurch gehoben werden, daß der Staat die unfähige Person als Richter anstellt oder den angestellten Richter in seiner Function beläßt[30]); nur wenn vorliegende Sinnesfehler oder Geisteskrankheit ein Urtheil unmöglich machen, ist eine Beseitigung der Unfähigkeit auf diesem Wege nicht denkbar[31]). II. Unverdächtigkeit[32]). Ein Richter heißt verdächtig, dessen Wille, im einzelnen Falle bei Erörterung oder Entscheidung der Sache pflichtmäßig zu handeln, bezweifelt werden darf. Bei den Römern hing zur Zeit des Formularprocesses die Thätigkeit des vom Magistrat bestellten iudex lediglich von der Uebereinkunft der streitenden Theile ab[33]); es konnte daher derselbe ohne alle Angabe eines Grundes abgelehnt werden[34]). In späterer Zeit wurde zwar die freie Wahl der Richter durch die Parteien beschränkt; von einer Angabe von Gründen für die Ablehnung ist aber auch in den neueren Gesetzen nicht die Rede[35]). Seit der Vereinigung der Functionen des Magistrates und des iudex in der Person Eines Beamten konnte auch dieser, wie früher der iudex, abgelehnt werden, ohne Angabe bestimmter Gründe[36]). Die Ablehnung mußte vor der Litiscontestation geschehen;

---

29) Linde a. a. O.

30) Dies erkennt schon das römische Recht an. L. 57. D. (42. 1.) L. 3. D. (1. 14.)

31) Schmid a. a. O.

32) Schulting, de recusatione iudicis 1714. Ehrlen, de iudice suspecto. 1771. Müller, de except. litis ingressum impedientibus. 1777. Gönner, Hdbch. des Proc. Bd. I, N. 12. Lotz, civil. Abhdl. N. 2. Gesterding, im Archiv für civil. Pr. Bd. VI, S. 238 flg. u. in dessen Nachforsch. Bd. I, N. 4, S. 87 flg. Heise und Cropp, jurist. Abhdl. Bd. II, N. 2, S. 48—92. Brackenhöft, Erört. S. 202 flg. Schmid, Hdbch. des Civilproc. Bd. I, §. 26, 27, S. 46—51. Böhmer, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. f, Bd. VI, S. 1 flg.

33) Cic. pro Cluent. c. 43.

34) Dies geschah einfach mit den an den Magistrat gerichteten Worten: eiero, iniquus est, oder nolo eum eligere. Cic. de orat. (II. 70.) Plin. Paneg. c. 36. Fest. s. v. eiuratio.

35) Nov. 17. cap. 3. Nov. 82. cap. 8. Daß L. 9. pr. D. (40. 12.) nicht entgegenstehe, zeigt Böhmer a. a. O. S. 10. Auch in L. un. C. (VII. 70.), nach welcher vom Richter zur Entscheidung des Streites bestellte arbitri ohne Angabe eines Grundes abgelehnt werden können, und die Partei die Entscheidung des Richters selbst verlangen kann, ist eine Analogie dafür zu finden. Diese Stelle, auf die vom prätorischen Präfekten bestellten arbitri mit Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. III, §. 31, S. 84 zu beschränken, geht deshalb nicht an, weil die Stelle in den Worten: licentia danda — invocare eine allgemeine Bestimmung enthält. Brackenhöft, Erört. S. 203, N. 19. Böhmer a. a. O. S. 10, N. 23.

36) L. 12. C. (III. 1.) Nov. 53. c. 3. Nov. 86. c. 2. Nov. 96. c. 2. Daß der Magistrat in der früheren Zeit nicht habe recusirt werden können, wird zwar von Böhmer a. a. O. S. 11 behauptet. Es läßt dies aber deshalb Zweifel zu, weil der Magistrat in den Fällen der extraordinaria cognitio selbst entschied. Hier mußte eine Recusation ebenfalls, jedoch nur aus bestimmten Gründen, zulässig sein; über diese konnte aber natürlich nur die höhere Behörde,

später wurde sie nicht berücksichtigt[37]). Das kanonische Recht weicht vom römischen darin ab, daß es nicht nur die Angabe eines Ablehnungsgrundes, sondern auch dessen Beweis verlangt[38]), und somit ein dem römischen Rechte unbekanntes Verfahren über die Frage, ob die Verdächtigung begründet sei oder nicht, angeordnet hat, welches einen besonderen durch Erkenntniß zu entscheidende, für den Hauptproceß gewissermaßen präjudicirlichen, Rechtsstreit bildet. Eingeleitet wird dieser besondere Rechtsstreit durch einen Antrag der recusirenden Partei bei dem recusirenden Richter oder dessen Obern, worauf ein oder mehrere arbitri von den Parteien, oder wenn der Kläger für einen erst zu erhebenden Proceß den sonst zuständigen Richter recusiren will, vom Kläger und von dem abzulehnenden Richter zu wählen sind, um über die Frage, ob ein giltiger Verdachtsgrund vorliege, zu entscheiden. Der Antrag ist spätestens bis zur Litiscontestation zu stellen; ein späterer Antrag ist nur dann zulässig, wenn der Verdachtsgrund erst später entstanden oder nach der eidlichen Versicherung der Partei zu ihrer Kenntniß gekommen, oder wenn die Partei erst später in den Proceß eingetreten ist. Wird die Ablehnung als nicht begründet befunden, so handelt der recusirte Richter fort; im entgegengesetzten Falle hat er die Sache an den nächsten Oberrichter zur Verhandlung und Entscheidung abzugeben. Durch Uebertragung der Sache von Seiten des recusirten Richters an einen geeigneten Mandatar, der dann statt seiner das Richteramt für diese Sache verwaltet, mit Zustimmung der recusirenden Partei kann die ganze Untersuchung darüber, ob ein giltiger Recusationsgrund vorliege, abgeschnitten werden[39]). Bei unterlassener Abgabe der Sache von Seiten des recusirten Richters, hinsichtlich dessen der Verdachtsgrund für begründet erachtet worden ist, an den höheren Richter, kann die Partei noch durch Appellation die Sache an diesen bringen[40]). Ob der höhere Richter, an welchen die Sache abzugeben ist, dieselbe einem anderen Richter zu übertragen oder selbst zu erkennen habe, ist nicht ausdrücklich ausgesprochen[41]). Durch die Reichsgesetzgebung ist an den erwähnten Bestimmungen des recipirten Rechtes nichts geändert; sie hat vielmehr

---

namentlich der Kaiser entscheiden. Jedoch kann ein bestimmtes Zeugniß dafür nicht beigebracht werden.

37) L. 12. 16. 18. C. (III. 1.) Außer diesen Stellen sind über das Verfahren zu vergleichen Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 8. Nov. 86. c. 2. Nov. 96. c. 2. Böhmer a. a. O. S. 11 flg.

38) Vgl. darüber und über das Verfahren can. 15. C. 3. qu. 5. cap. 10. X. (II. 2.) cap. 36. 41. 61. X. (II. 28.) cap. 18. X. (II. 1.) cap. 25. 27. 39. X. (I. 29.) und andere noch anzuführende Stellen.

39) Cap. 61. X. (II. 28.) Cap. 5. de off. et potest. iud. deleg. in VI. (I. 14.)

40) Cap. 10. X. (II. 2.)

41) Die Worte des cap. 6. X. (II. 28.): vel ad superiorem transmittat, ut in eo ipso procedat, secundum quod fuerit procedendum, scheinen für das Letztere zu sprechen; sie können aber auch dahin verstanden werden, daß der höhere Richter nun anzuordnen habe, was Rechtens sei, d. h. daß er die Sache, wie im

ausdrücklich die Nothwendigkeit der Angabe von Verdachtsgründen bestätigt[42]) und in Ansehung derselben auf die Vorschriften des kanonischen Rechtes sich bezogen[43]). Was nun das geltende Recht anlangt, welches im wesentlichen auf den Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechtes beruht, soweit ihre Anwendung nicht durch die veränderte Gerichtsverfassung unmöglich gemacht wird, so wird zur Begründung des Recusationsantrages verlangt: 1) daß genügende Gründe des Verdachtes angegeben werden; 2) daß diese Gründe bewiesen werden oder statt äußeren Beweises derselben der sog. Perhorrescenzeid (iusiurandum perhorrescentiae) abgelegt werde. Ueber die Entstehung dieses Eides sind die Meinungen verschieden. Einige finden den ersten Grund desselben in der eiuratio des alten römischen Rechtes[44]), was schon deshalb unrichtig ist, weil dieselbe in der einfachen nicht eidlichen Verwerfung des iudex durch die Partei bestand. Andere[45]) haben in einer Stelle des kanonischen Rechtes[46]), wahrscheinlich verleitet durch den dort vorkommenden Ausdruck perhorrescens und die dortige Erwähnung eines besonderen Eides die Entstehung dieses Eides gefunden; mit Unrecht, weil dort nicht von einem verdächtigen Richter, sondern von der Furcht der Partei vor der Uebermacht ihres Gegners am gewöhnlichen Gerichtsstande desselben und von der dadurch begründeten Unsicherheit dieses Ortes für die ersteren die Rede ist, weshalb der Kläger, wenn er Furcht vor der Uebermacht des Beklagten an dessen gewöhnlichem Gerichtsstande habe und dies eidlich bestärke, den Beklagten auch außerhalb seines gewöhnlichen Gerichtsstandes belangen könne, ohne die Einrede des unzuständigen Gerichtes fürchten zu müssen[47]). Andere[48]) finden den Ursprung des Perhorrescenzeides in der irrthümlichen Erklärung der Glossatoren über die römische eiuratio[49]), welche durch den kanonischen Gerichtsgebrauch angewendet und in die heutige Praxis übertragen worden sei. Eben so verschieden sind die Ansichten über die Natur des Eides. Einige betrachten ihn als einen Erfüllungseid und setzen daher schon einigen gelieferten Beweis des angeführten Recusationsgrundes voraus[50]): Andere als einen speciellen

---

römischen Rechte bestimmt ist, einem anderen Richter an die Stelle des recusirten zu übertragen habe. Böhmer a. a. O. S. 14.

42) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. XXII, §. 9. Visitationsabsch. v. 1713 §. 67.

43) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. XIII, §. 13. Reichshofrathsordn. v. 1650 Tit. I, §. 18.

44) Schulting, de recus. iud. c. 8. §. 1. c. 11. §. 1. Siehe dagegen Brackenhöft a. a. O. S. 204. Böhmer a. a. O. S. 23.

45) Weber, Erl. d. Pand. Th. I, §. 508.

46) Cap. 11. de rescript. in VI. (I. 3.)

47) Brackenhöft a. a. O. S. 205. Böhmer a. a. O. S. 24.

48) Böhmer, ius eccl. Protest. lib. II. tit. II. §. 72. 76.

49) Accursius in der Glosse zu L. 14. C. (V. 1.)

50) Schulting, de recus. iud. c. 8. §. 9. c. 12. §. 5. Wernher, Quaest. for. P. 5. obs. 165. Leyser, Med. ad Pand. Sp. 67. med. 3. Lauter-

Calumnieneid[51]). Unserer Ansicht nach ist der Ursprung des Perhorrescenzeides in der Beweistheorie des altteutschen Rechtes zu suchen, nach welcher das Hauptbeweismittel für die Behauptungen einer Partei deren eidliche Versicherung war, und die Zulassung zum Beweise und mithin zum Eide als ein Recht angesehen wurde, daher das Beweisurtheil darüber entschied, welche der Parteien das Recht zum Beweise ihrer Behauptungen habe, und mithin da der eigene Eid der Partei das Hauptbeweismittel war, welche der Parteien zur eidlichen Versicherung ihrer Behauptungen zu lassen, „näher zum Eide" sei. Der Perhorrescenzeid ist ein Ueberbleibsel jenes altteutschen Parteieneides, gleichwie der Diffessionseid, Editionseid, das ius iurandum novorum hinsichtlich erst später entdeckter Thatsachen und Beweismittel und andere sog. gesetzliche Eide, welche sich im gemeinen Civilprocesse erhalten haben; er ist der altteutsche Parteieneid angewendet auf die von einer Partei angegebenen Gründe des Verdachtes gegen einen recusirten Richter. Daß die Glossatoren diesen Eid mit der römischen eiuratio in Verbindung bringen und ihn als einen Calumnieneid hinstellen, kann bei ihrer Unkenntniß des altteutschen Verfahrens und bei ihrem Bemühen, das wirklich Geltende auf römische Quellen zurückzuführen, nicht befremden, ebensowenig aber für uns maßgebend sein. Die hier angenommene Ansicht erhält auch dadurch eine Unterstützung, daß das kanonische Recht namentlich an der Stelle, in welcher man die Entstehung des Perhorrescenzeides gesucht hat, die eidliche Bestärkung der Partei für zulässig und genügend hält, um den Richter von dem Dasein der Furcht zu überzeugen[52]), sowie ferner dadurch, daß eben auch andere Eide im Civilprocesse, durch welche eine Partei die Wahrheit ihrer Behauptung versichert, ohne daß ein Eidesantrag vorausgegangen ist, beibehalten worden sind, welche weder als Gefährdeeide, noch als Reinigungseide aufgefaßt werden können[52a]). Was die anzugebenden Verdachtsgründe anlangt, so kann man zuvörderst der Meinung derjenigen[53]) nicht beipflichten, welche Angabe der Verdachtsgründe gar nicht verlangen, sondern das Vorhandensein des Mißtrauens für genügend erklären, indem es nicht auf den objectiven Werth der Verdachtsgründe, sondern allein auf die subjective Ansicht des Recusanten von denselben ankomme, worüber dem Richter kein Urtheil zustehen könne.

---

bach, de Iur. perhorr. 1656 und Coll. theor. pract. T. II. §. 42. Heise und Cropp, jurist. Abhdl. Th. II, S. 68 flg. Bayer, Vortr. S. 107, Ausg. 7. Linde, Lehrb. §. 81.

51) Gensler Commentar zu Martin, herausgegeben von Morstadt Th. I, S. 9. Schmid, Handbuch Th. I, §. 26, S. 47. Böhmer a. a. O. S. 26.

52) Cap. 11. §. 1. de rescript. in VI. (I. 3.): primo iudici fidem faciat saltem per proprium iuramentum.

52a) Vgl. z. B. cap. 4. X. (II. 25.)

53) Lotz, Abhdl. S. 29—38, 48—51.

Abgesehen von den hier nicht anwendbaren römischen Stellen, welche sich auf den iudex zur Zeit des ordo iudiciorum privatorum beziehen [54]), verlangen das römische uud kanonische Recht sowie die Reichsgesetzgebung hinreichende Ursachen des Verdachtes [55]), woraus die Nothwendigkeit der Angabe derselben von selbst folgt. Auch widerspricht diesem nicht die hier angenommene Natur des Perhorrescenzeides als eines Ueberbleibsels des altteutschen Parteieneides. Denn auch bei dem altteutschen Parteieneide waren es thatsächliche Umstände, welche durch denselben zu bestärken waren, nicht subjective Ansichten und Meinungen der Partei; über die Erheblichkeit der thatsächlichen von den Parteien angeführten Umstände hatte das Gericht zu urtheilen und darnach zu bestimmen, welche Partei näher zum Eide sei. Die anzugebenden Verdachtsgründe müssen in solchen Thatsachen bestehen, welche auf den Willen des Richters, die Sache gehörig zu erörtern oder zu entscheiden, einwirken und denselben zweifelhaft machen können. Manche haben die besonderen Fälle, in welchen eine Recusation für begründet zu achten sei, festzustellen gesucht [56]). Auch geben die Gesetze einzelne Recusationsgründe an die Hand. Das römische Recht kennt als einen solchen nur Feindschaft des Richters gegen eine Partei [57]). Das kanonische Recht führt außer diesem [58]) noch auf: Verwandtschaft mit der Gegenpartei, Umgang mit bei der Sache interessirten Personen oder mit solchen, welche diesen günstig sind [59]), oder mit der Partei selbst [60]), die frühere Advocatur des Richters in der Sache [61]), die Anhängigkeit einer gleichen Sache, in welcher der Richter Partei ist [62]), oder einer Appellation, welche eine Partei in einer anderen Sache gegen den Richter ergriffen hat [63]). Die Reichsgesetzgebung bestätigt die Verdachtsgründe des kanonischen Rechtes insofern, als den Gerichtsgliedern anbefohlen wird, solche Verhältnisse zu vermeiden und wo sie vorliegen, sich des

---

54) Vgl. die Stellen in N. 33, 34.

55) L. 12. 16. 18. C. (III. 1.) Nov. 53. c. 3. Nov. 86. c. 2. Can. 15. C. 3. qu. 5. Cap. 10. X. (II. 2.) Cap. 25. X. (I. 29.) Cap. 5. X. (II. 25.) Cap. 18. X. (II. 1.) Cap. 36. 41. §. 2. Cap. 61. X. (II. 28.) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. XXII, §. 9. Visitationsabsch. v. 1713 §. 67.

56) Claproth, ordentl. Proc. §. 46. Gesterding, Nachforsch. S. 100 flg.

57) L. 9. pr. D. (40. 12.) Dies bezieht sich eigentlich nur auf den iudex datus. Brackenhöft a. a. O. S. 202, N. 1. Da aber nach Aufhebung des ordo iudiciorum die Functionen des Magistrates und iudex in demselben Beamten vereinigt sind, so leidet es auch auf richterliche Beamte überhaupt Anwendung.

58) Can. 15. C. 3. qu. 5.

59) Cap. 4. X. (II. 6.)

60) Cap. 25. X. (I. 29.)

61) Cap. 36. X. (II. 28.) Nach der Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. XIII, §. 15 ist dies ein Grund der relativen Unfähigkeit des Richters.

62) Cap. 18. X. (II. 1.)

63) Cap. 6. 24. X. (II. 28.) Das römische Recht verwirft diesen Grund ausdrücklich. L. un. D. (49. 12.)

Referirens und Votirens zu enthalten[64]). Die Proceßlehrer haben außer diesen noch andere Verdachtsgründe aufgestellt[65]). Allein die in den Gesetzen angeführten Verdachtsgründe sind blos einzelne Beispiele; die Zahl derselben ist damit nicht geschlossen[65a]) und es muß daher das Bestreben einzelner Juristen, dieselben überhaupt festzustellen, für ein vergebliches angesehen werden. Ebensowenig kann man die von Manchen[66]) angenommene Beschränkung der Verdachtsgründe gegen einen Richter auf das Gebiet derjenigen, welche einen Zeugen verdächtig machen und die Rechtfertigung dieser Beschränkung durch die Analogie rechtfertigen. Denn da die Verrichtungen des Zeugen und des Richters ganz verschieden sind, so läßt sich von den Zeugen keine Anwendung auf den Richter machen[67]), und wenn auch zugegeben werden kann, daß Umstände, welche einen Zeugen verdächtig machen, auch in der Regel als Verdachtsgründe gegen einen Richter genügen werden, so ist doch das Gebiet dieser durch die Grenzen jener nicht beschränkt[68]); es ist auch mit dieser Analogie für die Lehre von der Recusation nichts gewonnen, weil die Frage, ob ein Zeuge für verdächtig zu halten sei, im einzelnen Falle durch richterliches Ermessen nach den Umständen zu entscheiden ist[69]). Das Richtigste ist, die Zulässigkeit der Recusationsgründe, abgesehen von den gesetzlichen Beispielen, allein dem Ermessen des Oberrichters zu überlassen[70]), da, welcher Umstand zur Begründung eines Verdachtes gegen den Richter geeignet sei, in der Regel nicht von diesem Umstande allein, sondern von nicht vorauszubestimmenden Nebenumständen abhängt[71]). Die Thatsachen, welche zur Begründung des Recusationsantrages angeführt sind, müssen, wenn sie von dem über die Recusation erkennenden Richter als erheblich anerkannt, aber nicht bewiesen sind, von dem Recusanten bewiesen oder durch den Perhorrescenzeid bekräftigt werden. Das kanonische Recht verlangt Beweis dieser

---

64) Visitationsabsch. v. 1713 §. 44, 62, 67. Reichshofrathsordn. Tit. I, §. 18.

65) Siehe darüber die Zusammenstellung bei Brackenhöft a. a. O. S. 202 flg.

65a) Cap. 36. X. (II. 28.): vel ex alia iusta causa suspectus. Heise und Cropp, Abhdl. Bd. II, S. 75.

66) Lauterbach, Coll. theor. pract. lib. V. tit. I. §. 40. Danz, ordentl. Proc. §. 24. Grolman, Theor. des gerichtl. Verf. §. 31. Die Meinung gründet sich auf L. un. C. Th. (II. 2.), welche aber von der Unfähigkeit des Zeugen in eigener Sache eine Anwendung auf den Richter in eigener Sache macht. Heise und Cropp a. a. O. S. 74 u. N. 42.

67) Gesterding, Nachforsch. S. 245. Heise und Cropp a. a. O. S. 74 flg.

68) Schulting l. c. cap. 8. §. 5. Lotz a. a. O. S. 29, 30.

69) Heise und Cropp a. a. O. S. 74 flg.

70) Schulting l. c. cap. 8. §. 5. Gesterding a. a. O. S. 245. Brackenhöft a. a. O. S. 203.

71) Z. B. würde Verwandtschaft den Richter nicht verdächtig machen, wenn er mit den Verwandten in Feindschaft lebte. Brackenhöft a. a. O. S. 203, N. 18.

Thatsachen[72]), womit die Reichsgesetzgebung übereinstimmt[73]); der recusirenden Partei steht aber die Befugniß zu, statt des Beweises die Wahrheit der von ihr zur Begründung des Verdachtes angeführten Thatsachen durch den Perhorrescenzeid zu bekräftigen. Dieser Eid ist demnach weder auf die bloße subjective Meinung der Partei, daß sie den Richter für verdächtig halte, zu richten, noch als ein Gefährdeeid zu betrachten. Allerdings wird auch die subjective Meinung der recusirenden Partei bei dem Eide nicht ganz außer Betracht zu lassen sein; denn es liegt auf der Hand, daß über manche Verdachtsgründe, z. B. feindselige Gesinnung des Richters gegen die Partei, hauptsächlich die eigene Meinung der Partei entscheidend ist, weil, wenn sie auch Thatsachen anführt, aus denen eine solche feindselige Gesinnung sich ergeben soll, und diese Thatsachen der Beurtheilung des über die Recusation erkennenden Richters unterliegen, doch auch bei dieser Beurtheilung die eigene Meinung der Partei, welche in diesen Thatsachen eine feindselige Gesinnung des Richters erblickt, nicht ganz außer Betracht zu lassen ist, indem darüber, inwiefern sie in diesen Thatsachen eine feindselige Gesinnung des Richters findet und über das bei ihr dadurch begründete Mißtrauen nur die Partei selbst Auskunft zu geben im Stande ist. Es kommt dazu, daß in der Stelle des kanonischen Rechtes[74]), in welcher von Manchen der Ursprung des Perhorrescenzeides gefunden worden ist, die Zulässigkeit der eidlichen Bestärkung einer blos subjectiven Ansicht einer Partei anerkannt worden ist[75]). — Die Recusation kann nicht blos gegen Einzelrichter und gegen einzelne Mitglieder eines Richtercollegiums, sondern auch gegen das Collegium selbst als juristische Person[76]) gerichtet werden; denn dem Verdachte einer parteiischen Rechtspflege kann eben sowohl eine juristische Person, als eine physische, unterliegen. Abgesehen davon, daß das kanonische Recht die Statthaftigkeit der Recusation gegen die ein Collegium bildenden Consuln ausdrücklich anerkennt[77]), liegt es in der Natur der Sache, daß der Verdacht auch ein ganzes Collegium treffen kann, z. B. wenn dasselbe als solches am Ausgange eines Processes ein vermögensrechtliches Interesse hat[78]). Der ohnehin bestrittene Satz, daß juristische Per-

72) Cap. 41. §. 2. X. (II. 28.) Cap. 27. 39. X. (I. 29.)

73) Visitationsabsch. v. 1713 §. 67. „Wenn aber etwa die Parthie — — ein oder andere Beisitzer aus triftig- und erweislichen Ursachen für verdächtig angeben“ — —

74) Cap. 11. §. 1. de rescript. in VI. (I. 3.)

75) Cap. 11. §. 1. cit.: impetrans de praedicto timore (quem in literis commissionis exprimere teneatur) primo fidem iudici faciat saltem per proprium iuramentum.

76) Ruehl, de formato principis dicasterio recusabili. 1783. Gönner, Hdbch. Bd. I, N. 12, §. 3, S. 290—292. Grolman, Theorie §. 32. Heise und Cropp a. a. O. S. 79 und die daselbst in N. 48 angeführten Schriftsteller. Böhmer a. a. O. S. 38.

77) Cap. 10. X. (II. 2.)

78) Z. B. wenn das Collegium als obervormundschaftliche Behörde pflicht-

sonen keine unerlaubten Handlungen begehen und folglich auch nicht als derselben verdächtig betrachtet werden können, zeigt sich insofern processualisch nicht anwendbar, als gegen jeden Richter, welcher absichtlich seine Pflichten verletzt und zu Gunsten der streng genommen nicht berechtigten Partei erkannt hat, also auch gegen ein Richtercollegium, die Syndikatsklage auf Schadenersatz zulässig ist, wobei mithin die Möglichkeit einer unerlaubten Handlung von Seiten des Collegiums vorausgesetzt wird; daß aber auch hier nur die einzelnen Mitglieder als Urheber und Theilnehmer des begangenen dolus belangt werden können, ändert daran, daß das Urtheil selbst eine Handlung des Collegiums als juristischer Person ist, nichts[79]). Auch ist Recusation des höheren Richters ebensowohl, als die des Unterrichters, zulässig. — Zur Stellung eines Recusationsantrages ist jede Partei befugt, über deren Recht oder Verbindlichkeit unmittelbar von dem verdächtigen Richter entschieden werden soll, daher auch der Principalintervenient, während die diesfallsige Befugniß des accessorischen Intervenienten bestritten ist[80]). Gegen die Annahme einer solchen Befugniß desselben spricht entschieden der Umstand, daß der accessorische Intervenient den für seine Person incompetenten, für die Hauptparteien aber competenten Richter als competent anerkennen muß und von der Einrede des unzuständigen Gerichtes ausgeschlossen ist[81]). Enthält gleich die Recusation keine Einrede des unzuständigen Richters, sondern setzt vielmehr Competenz des recusirten Richters voraus, so liegt doch offenbar in der Ausschließung der gedachten Einrede für den accessorischen Intervenienten ein viel größerer Nachtheil, als in der Ausschließung der Recusation, und man darf daher mit Recht von ersterer auf letztere schließen. Der Kläger hat die Recusation sofort, bevor er die Klage bei dem verdächtigen Richter anhängig macht, geltend zu machen; der Beklagte aber muß vor der Litiscontestation[82]), also nach dem jetzigen Processe vor der Antwort auf die Klage, die Einrede des verdächtigen Richters (exceptio iudicis suspecti)[83]), in seiner Exceptionsschrift vorbringen[84]),

---

widrige Handlungen des Vormundes ohne weiteres genehmigt hat und der Pflegebefohlene den Vormund auf Schadenersatz verklagt, das Collegium aber zugleich die erste Instanz des verklagten Vormundes bildet. Gönner a. a. O. S. 292.

79) Schmid, Hdbch. Th. I, §. 26, N. 26, S. 49. Böhmer a. a. O. S. 38 flg.

80) Für diese Befugniß erklären sich Linde, Lehrbuch §. 82, N. 2. Brackenhöft, Erört. S. 206. Böhmer a. a. O. S. 15—18; dagegen Gesterding, Nachforsch. S. 111—113. Schmid a. a. O. §. 27, N. 1, S. 50.

81) L. 49. pr. D. (5. 1.) Vgl. L. 1. C. (III. 19.)

82) L. 12. 16. 18. C. (III. 1.) L. un. C. (VII. 70.) Nov. 53. c. 3.

83) Von der Einrede des unzuständigen Gerichtes darin unterschieden, daß sie Zuständigkeit des recusirten Richters voraussetzt, und über dieselbe der recusirte Richter nicht urtheilen darf, wohl aber über seine Zuständigkeit.

84) Späterem Vorbringen der Einrede würde der anzunehmende Verzicht des Beklagten entgegenstehen. Böhmer a. a. O. S. 18.

wodurch die Thätigkeit des recusirten Richters in der Sache bis zur Entscheidung der höheren Behörde darüber suspendirt wird[85]). Zugleich muß der Recusationsantrag bei dem höheren Richter angebracht und eine Bescheinigung, daß dies geschehen, der Exceptionsschrift beigelegt oder eine Frist hierzu vom Unterrichter festgesetzt werden. Entstehen die Gründe des Verdachtes erst während des Laufes des Processes, oder sind der Partei nach ihrer eidlichen Versicherung erst später bekannt geworden, so können sie auch nach den bemerkten Zeitpunkten noch geltend gemacht werden[86]). Der Recusationsantrag gegen einen Einzelrichter ist immer bei dem ihm vorgesetzten Gerichte zu stellen. Ueber Recusationsanträge gegen einzelne Mitglieder eines Richtercollegiums entscheidet, wenn die nach der Verfassung des Gerichtes zur Function desselben hinreichende beschlußfähige Anzahl von Mitgliedern übrig bleibt, das Collegium selbst; im entgegengesetzten Falle, sowie, wenn das Collegium als solches abgelehnt wird, die höhere Gerichtsbehörde[87]). Ein gegen das höchste Gericht selbst gerichteter Recusationsantrag ist bei dem Justizministerium oder bei dem Regenten selbst anzubringen, worauf von diesem zur Erledigung der Sache eine Justizcommission zu bestellen ist[88]). Erachtet diese den Recusationsantrag für begründet, so ist zur Erledigung der Sache selbst eine besondere Commission zu ernennen[89]). Das über die Recusation erkennende Gericht kann der

---

85) Brackenhöft a. a. O. S. 205, N. 1. Schmid a. a. O. S. 50.

86) Cap. 25. X. (I. 29.) Cap. 4. X. (II. 25.) Gesterding, im Archiv Bd. VI, S. 249.

87) Heise und Cropp a. a. O. S. 78—82. Linde, Lehrbuch §. 82. Schmid, Hdbch. a. a. O. S. 51. Zwar meint Böhmer a. a. O. S. 40, daß, wenn eine beschlußfähige Anzahl nicht abgelehnter Mitglieder nicht übrig bleibt, doch dem Collegium selbst die Entscheidung über die Recusation nicht entzogen werden könne, weil auch hier die Persönlichkeit des Collegiums nicht verdächtig sei; die zur Beschlußfähigkeit fehlende Anzahl der Mitglieder müsse erst durch die Zuziehung anderer von der obersten Staatsgewalt besonders zu committirender Mitglieder ersetzt werden, worauf dann das Collegium über die Recusation entscheide und auch in seiner jetzigen Zusammenstellung im Falle der angenommenen Begründung der Recusation für den Hauptstreit competent bleibe, während im Falle der Verwerfung des Recusationsantrages wenigstens insoweit, daß die beschlußfähige Anzahl ursprünglicher nicht abgelehnter Mitglieder vorhanden ist, die für den Recusationseid committirten neuen Mitglieder bei der Entscheidung der Hauptsache wieder zu entfernen seien. Allein da in der höheren Gerichtsbehörde eine ordentliche verfassungsmäßige Behörde vorhanden ist, welche über den Recusationsantrag als ganz unbetheiligt entscheiden kann, während es nach jener Ansicht der Beiziehung von der Staatsgewalt erst zu committirender Mitglieder des Collegiums bedarf, weshalb erst besondere Anträge bei der höchsten Stelle zu stellen wären, so ist die jetzige Praxis, welche die Entscheidung dem höheren Gerichte zuweist, vorzuziehen.

88) Linde, Lehrbuch §. 82.

89) Die Vorschriften des römischen und kanonischen Rechtes (L. 12. 16. 18. C. (III. 1.) Nov. 82. c. 8. Nov. 86. c. 2. Cap. 61. pr. in fin. X. (II. 28.)) können bei der veränderten Gerichtsverfassung nicht angewendet werden.

Regel nach nicht für befugt erachtet werden, über die Sache selbst zu entscheiden. Zwar ist die Praxis für eine solche Befugniß[90]) und es wird dies gewissermaßen durch die Reichsgesetzgebung unterstützt[91]). Allein es wird dadurch das den Parteien zustehende Recht auf die gesetzliche Zahl der Instanzen verletzt[92]), und es kann daher jene Praxis nicht gebilligt werden[93]). Nur dann ist eine solche Befugniß des über die Recusation erkennenden Gerichtes anzunehmen: 1) wenn die über die Ablehnung des höchsten Gerichtes erkennende Commission zugleich zur Verhandlung und Entscheidung der Sache selbst beauftragt ist; 2) wenn nach Recusation einzelner Mitglieder eines Collegiums noch eine beschlußfähige Anzahl nicht recusirter Mitglieder übrig bleibt. Als schonendstes Mittel der Recusation erscheint das Gesuch um Actenversendung[94]), und es kann die auch in den kleineren Staaten immer mehr hervortretende Tendenz, dieses Palladium der teutschen Freiheit und unparteiischen Rechtspflege immer mehr zu beschränken, nicht gebilligt werden.

Heimbach sen.

Richterlicher Augenschein[1]) (Besichtigung, inspectio ocularis) heißt jede Wahrnehmung des Daseins einer bestimmten Thatsache durch den Richter als solchen, nicht blos vermittelst des Gesichtssinnes, sondern überhaupt vermittelst der äußeren Sinne[2]). Daher ist der Ausdruck „richterliche Sinneswahrnehmung" richtiger[3]). Im mittelalterlichen teutschen Processe hieß der Beweis durch richterlichen Augenschein leibliche Beweisung[4]) und nur dadurch, sowie durch das Gerichtszeugniß konnte ursprünglich der Parteieneid ausgeschlossen wer-

90) Heise und Cropp a. a. O. S. 78 flg. Linde a. a. O. §. 82.

91) Das Reichskammergericht war nicht blos in den Fällen der Beschwerden über verweigerte oder verzögerte Justiz (Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. II, §. 2) auf welche Gönner, Hdbch. a. a. O. S. 294. Brackenhöft a. a. O. S. 207, N. 20 es beschränken wollen, die Sache an sich zu ziehen befugt, sondern auch, wo es über die Recusation erkennt. (Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXIX, §. 1 — — „oder der Sachen verwandt, oder sonst aus rechtmäßigen Ursachen in den Sachen nicht Richter sein könnte oder wollte." Dies war aber eine Befugniß jenes obersten Reichsgerichtes, welche nicht jedem anderen Oberrichter zugeschrieben werden kann.

92) Gönner a. a. O. S. 295. Grolman, Theorie §. 32.

93) Einzelne Landesgesetze verbieten ausdrücklich die Veränderung des gewöhnlichen Instanzenzuges durch Recusationsanträge. Jenaische OAGericht §. 29. Zerbster OAGericht §. 24.

94) Gönner a. a. O. §. 6, S. 297 flg.

1) Vgl. Mayor, diss. I. et II. de singularibus probationis per inspectionem ocularem magis determinatis 1770. Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. II, N. 44. Puchta, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 31—34. Schmid, Hdbch. des gem. teutsch. Civilproc. Bd. II, S. 309 flg.

2) Puchta a. a. O. S. 35.

3) Gensler, im Archiv für civil. Prax. Bd. I, S. 34, N. ****.

4) Planck, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. X, S. 224 flg. Derselbe, Lehre vom Beweisurtheil S. 39.

den[5]), während später auch andere Beweismittel genügten[6]), wodurch das System der Beweismittel des älteren teutschen Processes dem der fremden Rechte ziemlich nahe kam, bis überhaupt das letztere allmälig so die Oberhand gewann, daß das erstere fast gänzlich vergessen ist. Der Augenschein findet in allen Fällen Anwendung, wo die Wahrheit einer zu beweisenden Thatsache an dem durch die Sinne wahrnehmbaren Zustande eines Gegenstandes erkannt werden kann. Nothwendig ist dieses Erkenntnißmittel, wenn nach Beschaffenheit des Streitgegenstandes dadurch allein dem Richter zuverlässige Ueberzeugung verschafft werden kann, oder wenn es zur Erklärung anderer außerdem minder zuverlässiger Beweismittel dient; es kann aber auch blos nützlich und daher rathsam sein, wenn es außerdem zwar andere Mittel zur Erkenntniß des Sachverhältnisses giebt, welche aber entweder weniger zuverlässig und wirksam, oder umständlicher sind[7]). Die Augenscheinseinnahme kann entweder von Amtswegen, oder auf Antrag einer Partei stattfinden. — Eine Augenscheinseinnahme von Amtswegen kann in jeder Lage des Processes erfolgen, vor, während und nach der Beweisführung[8]), selbst noch in der Executionsinstanz[9]), wenn und soweit es zur Aufklärung, Feststellung und Verdeutlichung des Streitgegenstandes erforderlich ist[10]). Der Richter kann diesen Augenschein selbst vornehmen, auch nach Befinden Sachverständige zuziehen, die er dann blos beaufsichtigt; er muß sie zuziehen, wo überhaupt Sachverständige von Amtswegen zugezogen werden müssen. Die Gegenwart des Richters bei der Besichtigung ist nothwendig; die Untersuchung kann er den Sachverständigen allein überlassen. Zur Vornahme des Augenscheins ergeht an die Parteien eine monitorische Ladung; eine arctatorische nur dann, wenn von ihrer Seite eine positive Handlung zur Aufklärung nothwendig ist[11]). Ist die dazu verpflichtete Partei ungehorsam, so wird, wenn jene Handlung blos zum Zwecke der Erläuterung eines Antrages von dem Antragsteller gefordert wurde, unter der Voraussetzung, daß dieser Rechtsnachtheil vorher angedroht worden ist, der Antrag, soweit als jene Erläuterung nothwendig war, nicht berücksichtigt; in anderen Fällen hat der Ungehorsam, je nach den verschiedenen Umständen, Strafe oder Verpflichtung zum Ersatze des durch den Ungehorsam verursachten Schadens zur Folge. Die Grenzen für die Befugniß des Richters zur

5) Planck, Beweisurtheil S. 39.
6) Planck a. a. O. S. 62—65.
7) Puchta a. a. O. S. 34.
8) Gönner a. a. O. S. 417—419. Puchta a. a. O. S. 37.
9) Puchta ebd.
10) Auch schon während des ersten Verfahrens pflegt häufig sofort nach der Beantwortung der Klage, namentlich bei Untergerichten, mit der Besichtigung von Amtswegen verfahren zu werden, was bei gewissen Arten von Streitigkeiten sehr zweckmäßig ist. Puchta a. a. O. S. 38 flg. Insbesondre ist dies nothwendig, wo Gefahr auf dem Verzuge ist.
11) Gensler, im Archiv Bd. I, S. 39, N. *.

Augenscheinseinnahme von Amtswegen sind dieselben, wie für das in Bezug auf die Parteianträge dem Richter zustehende Frage- und Aufhellungsrecht[12]. Ist dem Richter daher der Streitgegenstand an sich klar, so kann er blos zum Zwecke der Herstellung juristischer Gewißheit streitiger Thatsachen keinen Augenschein von Amtswegen einnehmen, sondern hat den etwa nöthigen Beweis der Parteien aufzuerlegen, denen es überlassen bleibt, ob sie durch Beantragung des Augenscheins, oder durch andere Beweismittel den Beweis herstellen wollen. — Die Beweisführung der Partei durch Augenschein ist an die peremtorische Beweisfrist gebunden[13], und wenn das Gegentheil von Manchen angenommen wird[14], so ist dies dahin zu beschränken, daß ein späterer Antrag einer Partei allerdings noch Berücksichtigung findet, insofern der Richter von Amtswegen auch ohne diesen Antrag noch Augenscheinseinnahme vorgenommen haben würde; außerdem nicht[15]. Bei der Beweisantretung hat die Partei den Zweck und Gegenstand des Augenscheines genau zu bezeichnen, und, wenn der Gegenstand beweglich und in ihren Händen befindlich ist, sich zu dessen Vorlegung zu erbieten, oder, wenn derselbe in den Händen des Gegners oder eines Dritten ist, um Anweisung an denselben zur Vorlegung zu bitten. Der Producent kann auch gewisse Punkte, auf welche er die Aufmerksamkeit des Richters besonders gerichtet wissen will (Erörterungs- oder Weisungspunkte) angeben, obwohl dies nur Sache der Zweckmäßigkeit, nicht der Nothwendigkeit ist, da es ohnehin Pflicht des Richters ist, dafür Sorge zu tragen, daß die Augenscheinseinnahme dem Zwecke der Handlung gemäß mit genauer und sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände geschehe[16]. Der Antrag auf Augenscheinseinnahme ist dem Producenten mitzutheilen und ihm dabei zur Stellung seiner Einwendungen gegen die Wahrung der Beweisfrist, gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit des Beweismittels selbst, gegen die aufgestellten Erörterungspunkte und zur etwaigen Aufstellung von Punkten, worauf er seinerseits die richterliche Aufmerksamkeit bei dem Augenscheine gerichtet wissen will (Gegenerörterungspunkte) eine peremtorische Frist vorzuschreiben[17]. Ueber die gegen die Zulässigkeit oder Erheblichkeit des Beweismittels vorgebrachten Einwendungen hat der Richter ohne vorgängiges Verfahren und den Par-

---

12) Schmid, Hdbch. Bd. II, S. 309, 310.

13) Linde, Civilproc. §. 294. Schmid a. a. O. S. 310. So auch nach einzelnen sächsischen Proceßgesetzen, während andere den Antrag auch später noch zulassen. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 122.

14) Wie von Claproth, ordentl. Proc. Th. II, §. 222. Danz, ordentl. Proc. §. 342 a. E.

15) Linde a. a. O. §. 294, N. 1. Schmid a. a. O. S. 310, N. 11.

16) Puchta a. a. O. S. 41. Danz und Claproth a. d. a. O. Schneider, vom Beweise §. 502. Schmid a. a. O. S. 311.

17) Claproth a. a. O. §. 223, 224. Danz a. a. O. §. 344. Schneider a. a. O. §. 503. Puchta a. a. O. S. 42. Schmid a. a. O. S. 311.

teien zu entscheiden [18]). Die richterliche Prüfung der Ausstellungen gegen die vorgeschlagenen Erörterungspunkte hat nicht viel auf sich, da sie nur Erinnerungen an dasjenige sind, was der Richter ohnehin von Amtswegen zu beobachten hat [19]). Nachdem alles zur Augenscheinseinnahme gehörig vorbereitet worden ist, erfolgt die Vorladung der Parteien zu dem dazu einzusetzenden Termine unter dem sachgemäßen Präjudiz. Das Ausbleiben des peremtorisch geladenen Producenten, dessen Erscheinen nothwendig war, macht den Beweis desert [20]). Der ausbleibende Product wird der Handlungen verlustig, deren Vornahme zu seinem Besten im Termine ihm gestattet gewesen wäre, sowie er mit Einreden gegen die Legalität des Geschäftes nicht weiter gehört wird, vorausgesetzt, daß dabei ordnungsmäßig verfahren worden ist [21]). Macht der Ungehorsam des Producten die Vornahme des Augenscheines unmöglich, so wird angenommen, daß das Ergebniß zu seinem Nachtheile ausgefallen wäre, es gilt also die zu beweisende Thatsache zu seinem Nachtheile als erwiesen, und es ist dies als verwirkter Rechtsnachtheil auszusprechen [22]). Bei der Augenscheinseinnahme ist von Seiten des Gerichtes die Gegenwart des Richters oder eines Commissars oder Deputirten desselben, und des verpflichteten Protocollführers nöthig [23]). Zuvörderst ist nun die Identität des Gegenstandes durch Anerkenntniß beider Parteien oder in anderer Weise festzustellen und das Nöthige darüber im Protocoll zu bemerken [24]). Soll nicht der zu beurtheilende Gegenstand selbst in seiner Gesammtheit, sondern nur Proben oder Muster, also statt des Ganzen nur ein Theil untersucht werden, so muß selbstverständlich der zu untersuchende Theil wirklich Theil des Ganzen und von derselben Beschaffenheit wie dieses sein [25]). Eine sinnliche Darstellung des Gegenstandes ist dann zu den Acten zu bringen, wenn es bei der Besichtigung auf eine Versinnlichung desselben ankommt, nicht nur um den den Augenschein vornehmenden Richter in den Stand zu setzen, zu jeder Zeit das sinnlich Wahrnehmbare sich wieder zu vergegenwärtigen, sondern auch um Anderen, welche in der Sache urtheilen sollen, namentlich die Richter höherer Instanzen, die Möglichkeit zu gewähren, sich, ohne mit eigenen Augen gesehen zu haben, von den

---

18) Puchta a. a. O. S. 42. Die von Schneider a. a. O. §. 512 gestattete Verhandlung unter den Parteien darüber ist überflüssig.

19) Puchta a. a. O. S. 43.

20) Dasselbe nimmt Schmid a. a. O. S. 311, N. 17 an, wenn in diesem Falle auch der Product ausbleibt, während nach der gewöhnlichen Meinung im Falle des Ausbleibens beider Theile der Termin für circumducirt gilt. Claproth a. a. O. §. 225. Danz a. a. O. §. 345. Puchta a. a. O. S. 45. Da hier nicht von Nothfristen die Rede ist, so kann man nur letztere Meinung für die richtigere halten.

21) Puchta a. a. O. S. 45.

22) Puchta a. a. O. S. 45 flg.

23) Puchta a. a. O. S. 46.

24) Puchta a. a. O. S. 46 flg.

25) Puchta a. a. O. S. 47.

Sachverhältnissen die nöthige Anschauung zu verschaffen[26]). Ist eine solche sinnliche Darstellung des Gegenstandes schon vor der Augenscheinseinnahme zu den Acten gebracht worden, was von beiden Theilen geschehen kann, gewöhnlich aber vom Producenten geschieht, so ist dieselbe bei der Augenscheinseinnahme in Gegenwart der Sache genau zu vergleichen und mit Hinweisung auf die Nummern und sonstigen Bezeichnungen in derselben, der Sach- und Controversstand anschaulich zu machen. Der Augenschein ist unter Berücksichtigung der Augenscheinsartikel (Weisungs- oder Erörterungspunkte) auf alle für den Streit erhebliche Punkte zu erstrecken[27]). Die sinnlich wahrnehmbaren, je nach Verschiedenheit des Zweckes der Untersuchung erheblichen, Eigenschaften der Sache sind genau und umständlich anzugeben und zu protocolliren[28]). Die Zulassung eines Hauptverfahrens hängt nach den Umständen vom Ermessen des Richters ab. Ueberflüssig ist es dann, wenn es sich blos um das Ergebniß solcher Erscheinungen handelt, welche selbst der künstlich nicht geübte Sinn richtig auffassen kann, worauf auch direct und unmittelbar und zugleich mit einer Jedem einleuchtenden Nothwendigkeit auf das Wahre oder Falsche des zu erörternden Thatumstandes geschlossen werden kann. Solchenfalls wird der Befund der Parteien blos zur Nachricht mitgetheilt. Wenn aber die richtige Wahrnehmung durch eine eigenthümliche Kunstfertigkeit bedingt ist und daher, sowie die Nothwendigkeit des ausgesprochenen Befundes oder das Urtheil, nur von Kunstverständigen erkannt werden kann oder wenn das Urtheil aus dem Befunde der Besichtigung das Ergebniß künstlicher Schlüsse ist, deren Nothwendigkeit und Folgerichtigkeit nicht Gegenstand allgemeiner Erkenntniß ist, dann muß der Partei, welche sich bei dem Ausspruche nicht beruhigen will, die Geltendmachung ihrer Rechtszuständigkeiten vorbehalten sein[29]). Findet ein Hauptverfahren statt, so erfolgt Mittheilung des über den Befund aufgenommenen Protocolles nebst den etwaigen Anlagen an die Parteien mit der Veranlassung an dieselben, ihre Anfechtungs- und Ausführungsschriften binnen zugleich zu bestimmender Frist einzureichen. Ist der Augenschein fehlerhaft vorgenommen oder hat ein dunkles Ergebniß geliefert, so kann Wiederholung desselben beantragt werden; zweckmäßig ist, wenn der Richter entweder sofort nach Abhaltung des Augenscheinstermines oder doch bei Zufertigung der Protocollabschrift den Parteien eine kurze ausschließliche Frist zum Vorbringen ihrer etwaigen Einwendungen gegen die Legalität des Geschäftes und sonst bestimmt[30]); doch kann und muß der Richter zu jeder Zeit, selbst noch bei Fassung des Erkenntnisses, für die Verbesserung der etwa bemerkten erheblichen Mängel von

26) J. Reichsabsch. §. 51. Puchta a. a. O. S. 47.
27) Claproth a. a. O. §. 227. Puchta a. a. O. S. 48.
28) Danz a. a. O. §. 348. Claproth und Puchta a. d. a. O.
29) Puchta a. a. O. S. 51, 52.
30) Puchta a. a. O. S. 53.

Amtswegen Sorge tragen. Widerspricht der Augenschein dem Ergebniß einer anderen Beweisführung, so hat er unbedingt den Vorzug, weil er dem Richter unmittelbare Gewißheit verschafft, andere Beweismittel nur mittelbare; er schließt daher auch jeden Gegenbeweis aus, welcher nicht auf Unförmlichkeit der Augenscheinseinnahme selbst oder auf eine unvollständige oder unrichtige Auffassung des Gegenstandes gerichtet ist[31]. Wird eine fehlerhafte Vornahme des Augenscheines nachgewiesen, so kann derselbe ganz ohne Beweiskraft sein. Heimbach sen.

Rittergüter[1]) sind, der ursprünglichen Bedeutung nach, landwirthschaftliche Ansiedelungen, von deren Trägern Ritterdienst zu leisten ist. Der Ritterdienst besteht, seiner militärischen Seite nach, im Reiterfelddienste, ist also verschieden von dem Kriegsdienste, der zur Vertheidigung fester Plätze geleistet wird, oder dem Burgmannendienste. Der rechtliche Charakter desselben kann indeß nur gefunden werden in der Eigenschaft eines zur Verwirklichung des bestehenden Rechtszustandes dienenden Mittels. Die Institution, welche ihm diese Eigenschaft verlieh, war das Ritterwesen, d. h. die geschichtliche Verwirklichung der Idee einer Genossenschaft von Waffenträgern, deren Glieder es sich zum Berufe gemacht hatten, das Recht zu schützen[2]). Sie äußerte ihren Einfluß mittelst der Verhältnisse, in welche die Ritter zu Trägern verschiedener Rechtszustände traten, auch auf deren Ansiedelzustände. Das Verhältniß der Ritter zum teutschen Reiche spricht sich in der Idee aus, daß der Kaiser ihnen „das riche berathen" habe „mit dem swerte"[3]). Es konnte bestehen in Dienstmannschaft oder in Lehensmannschaft. Der Unterschied zwischen beiden Verhältnissen bestand darin, daß der Dienstmann vermöge eines rein subjectiven Zustandes, der Lehensmann infolge eines ihm verstatteten Gutsgenusses[4]) die Obliegenheit zur Leistung des Dienstes gegen einen bestimmten Herrn, beziehungsweise den Dienstherrn oder den Lehensherrn, trug. Dienstmannen wurden daher als eigene Leute betrachtet, Lehensmannen dahingegen nicht. Die Verschiedenheit der Dienstmannen von leib-

---

31) Bayer, Vorträge S. 475, 7. Ausg.

1) Hagemann, Landwirthschaftsrecht (Hannover 1807) §. 181—228. Dem Titel nach auch gemeines, dem Inhalte nach fast nur sächsisches Recht, enthalten: Leyser spec. 665. Weber, Abhdl. über die Rittergüter (Leipzig 1802). Ueber die Literatur der Rittergüter einzelner Länder: Mittermaier, Grundſ. d. gem. teutsch. Privatr. §. 473, N. 7. Die Rittergüter sind die Angel der Entwickelung der Rechtszustände der teutschen Länder, von dem städtischen Elemente abgesehen. Von bedeutendem Einflusse auf ihre Gestaltung erscheint das Dienstmannenverhältniß, in Ansehung dessen das österreichische Landrecht, dessen Entstehung in's 13. Jahrh. zu setzen ist, bei Senkenberg, visiones divers. (im Ludwig'schen und Harrach'schen Texte) schätzbare Aufschlüsse giebt.

2) Rittergut (aus d. magn. chron. Belgic. ad a. 1247) bei Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. S. 242 u. a. and. O.

3) Kl. Kaiserr. III, 4.

4) Vgl. den Lehenseid: Sächs. Lehenr. 4 mit schwäb. Lehenr. 6.

eigenen Leuten äußerte sich darin, daß ihnen nicht, gleich diesen, bäuerliche Dienste, sondern Ehrendienste oder Dienste für den Hof des Herrn, womit die Leistung des Ritterdienstes sich verband, oblagen[5]). Die Were des Subjectes, die ureigene Trägerschaft der Verwirklichung des Sonderwillens, die bei der Leibeigenschaft in der Gewere des Herrn in Ansehung des Leibeigenen[6]) untergehen muß, verbleibt dem Dienstmanne. Im Dienste des Lehensmannes nimmt die Dienstbarkeit den Charakter eines rechtsgewahrenden Erfordernisses des verliehenen Gutsgenusses an, oder einer Obliegenheit, durch deren Erfüllung der Mann sich das Gut verdient; wird ein Mittel für die eigenen Zwecke des Leistenden, und streift damit rechtlich den Charakter der Dienstbarkeit ab. Ein eidliches Gelöbniß der Treue gegen den Herrn leistet sowohl der Dienstmann[7]) als der Lehensmann. Sie geloben die Mannentreue[8]), ebenso wie der Freie dem Könige die Unterthanentreue gelobt[9]). Sofern aber die Mannentreue dem Könige gelobt wird, begründet sie bereits in der älteren Zeit einen dem Adel gleichstehenden bevorzugten Stand[10]). Zu dieser Ausbildung gelangt auch der Ritterstand, nachdem er, gleich dem Adel, im Geschlechte erblich geworden[11]). Nur die Angehörigen des Ritterstandes sind fähig, rechte Lehen oder Ritterlehen, zu haben[12]). Sie besitzen aber diese Fähigkeit auch dann, wenn sie Dienstmannen sind[13]), und sofern der Dienstmann eigenes zum Lehensverhältnisse

---

5) Riccius, v. landſ. Adel S. 57, 444 flg. Fürth, die Ministerialen §. 34, S. 56 flg. und Költn. Dienstr. §. 10, ebd. S. 516; sächs. Lehenr. 63, §. 1.

6) Sächs. Landr. III, 32, §. 6. Schwäb. Landr. 294. Rudolfi I. const. a. 1281. §. 28 bei Pertz LL. II. p. 428.

7) Cölln. Dienstr. bei Grimm, Weisthümer Bd. II, S. 749, 754.

8) Form. iuram. vasallor. tempore Caroli M. C. Mansi, LL. concil. nova et ampl. coll. XIII. p. 1101 sq. Der Mangel der Beziehung des Dienstmanneneides auf den Gutsbesitz (oben N. 4), der sich hier zeigt, findet sich indeß auch beim Lehenseide im österreich. Landr. 30, bei Ludwig 29 a. a. O. S. 234; die Spur einer Verschmelzung (Eichhorn a. a. O. §. 344) des Vasallen und Dienstmannenverhältnisses. Ueber den Dienstmanneneid und die Huldigung des landsässigen Adels in späterer Zeit Riccius a. a. O. S. 147 flg., 379 flg., 435 flg.

9) Gleichheit des Inhaltes des Unterthaneneides und des Getreueneides Roth, Beneficialwesen S. 75, 79, 107—115, 144—146, 276—281; hat jedenfalls nicht zu allen Zeiten bestanden: conv. Attin. a. 854. (app.) bei Pertz l. c. lib. I. p. 429; mit conv. Carisiae. a. 858; conv. ap. Pistas a. 869; ibid. I. p. 457. 509.

10) Der Dienstadel der königlichen Getreuen Eichhorn a. a. O. §. 47.

11) Eichhorn, Einl. in d. teutsche Privatr. §. 53. Walter, teutsche Rechtsgesch. §. 418.

12) S. den Art. Lehenrecht Bd. VI, S. 395. Sie erscheinen nach verm. Sachsensp. (v. Böhme) IV, 12, 3, als diejenigen, welche allein zum Heerschilde geboren sind.

13) Denn sie haben den 6. Heerschild: Sächs. Landr. I, 3, §. 2. Weichb. (v. v. Thüngen) S. 307. Schwäb. Landr. 2. Lehenr. I. Sie können ritterliche Vasallen haben: Schöffenurtheil bei Böhme, diplomat. Beitr. VII,

geeignetes Gut hat[14]), ist dieses Gut der äußeren Erscheinung nach vom Lehengute nur darin verschieden, daß dessen Vererblichkeit nicht so wie die des Lehengutes beschränkt ist, und daß nicht, wie bei diesem, Veränderungen in den Personen des Herrn und des Mannen Lehensmuthung und Lehenserneuerung erfordern[15]). Die gleiche Erscheinung bietet das Gut des Unterthanen dar, der dem Könige oder dem Landesherrn Ritterdienste vermöge allgemeiner Unterthanenpflicht oder als Landfolge[16]) leistet.

Das Rittergut unterscheidet sich vom Bauerngute dadurch, daß auf ihm nicht, wie auf diesem letzteren, Leistungen haften, die durch Aufwendung der Arbeitskraft zu bestreiten und denen, welche dem Leibeigenen obliegen, ähnlich sind. Grafen, Freie und Dienstmannen eines Landes sind in Sachen, die Leib, Ehre oder Eigen betreffen, keinem anderen Richter des Landes unterworfen, als dem Landesherren selber[17]). Die Letzteren sind dem Landesherrn vom Reiche zu Lehen gegeben, weshalb nur das Urtheil von Kaiser und Reich ihnen den Zustand des Rechtes und der Ehre entziehen kann[18]). So weit diese Gestaltung des Dienstmannenverhältnisses besteht, stellt es sich rechtlich als eine Dienstbarkeit gegen das Reich dar, auch wenn die Leistung des Dienstes einem Landesherrn gebührt[19]). Auf der anderen Seite erscheint der Ritterdienst in Teutschland im Rechtssinne auch immer als Reichsheerdienst, auch dann, wenn er auf das Aufgebot eines Landesherrn geleistet werden mußte[20]). Die neben den Trägern der Ritterdienst-

---

S. 119; leisten ritterlichen Dienst: Grimm a. a. O. Bd. II, S. 83. Bd. III, S. 18. Phillips, Grundſ. des gem. teutschen Privatr. Bd. I, S. 50, 267. Walter a. a. O. Bd. I, §. 203, N. 6. §. 202. N. 20.

14) Lehengut des Dienstmannen: dipl. a. 1219. in orig. Guelfib. lib. III. p. 663; dipl. a. 1234 bei Scheidt, vom Adel S. 104; Fürth a. a. O. S. 476—479; ist zu unterscheiden von seinem Dienstgute: Homeyer, Sachsenspiegel Bd. II, 2, S. 272; z. B. Grimm a. a. O. Bd. II, S. 750; welches er zu Hofrecht hat: Sächſ. Lehenr. 63, §. 1; V. A. de benef. I. §. 130; schwäb. Lehenr. III und von seinem Allod.: dipl. a. 1126 bei Kindlinger, münster. Beitr. Art. 21; vgl. Scheidt a. a. O. S. 205; Fürth a. a. O. §. 254.

15) Vgl. den Art. Lehenserneuerung Bd. VI, S. 443.

16) Vgl. Stadtrecht von Leobschütz bei Böhme a. a. O. II, 16; Richtst. Lehenr. XIII, 6. Verschmelzung mit Lehendienst und Dienstmannendienst tritt hervor im österreich. Landr. 27 bei Ludwig 35 a. a. O. S. 232; mit ebd. 49, S. 240.

17) Ebd. I, S. 213 mit 40, S. 237.

18) Ebd. II, S. 215 mit Urk. v. 1180 bei Lacomblet, Urkundenb. f. d. Gesch. d. Niederrheins Bd. I, N. 472.

19) Wenn auch auf den Rechtsgrund seines fürstlichen Amtes, dessen Aufgehen in die Landesherrlichkeit freilich den Dienst in einen Dienst (der Hausgenossen österreich. Landr. 2, S. 60, 61, 63, 64 oder 43, 44; a. a. O. S. 215, 247 flg.) des Landesherrn verwandelt.

20) Die Rechtsbücher kennen als Lehendienst nur den Dienst zum Besten des Reiches: Homeyer a. a. O. II, 2, S. 377. Der Dienst der Reichsdienstmannen als solcher mußte wenigstens seinem Ursprunge nach Reichs-

pflicht und dem Reiche stehende Landesherrlichkeit mußte demnach in den Berechtigungen, welche jene in ihrer Eigenschaft als Reichsdienstpflichtige trugen, eine Begrenzung des Bestrebens finden, zwischen beide mit entschieden trennender Wirkung zu treten. Die Ritterschaft des Landes, als eine dem Landesherrn gegenüber berechtigte Genossenschaft, theilt die Landstandschaft mit den Prälaten des Landes, als Trägern der Herrlichkeit, regelmäßig unter Theilnahme der Stadtgemeinden [21]. Insofern der durch diese Stellung ermittelte bevorzugte Ansiedelzustand des Ritterdienstpflichtigen in der Inhaberschaft eines bestimmten Grundbezirkes seine Verwirklichung findet, bildet derselbe ein Rittergut, und die Gewere an demselben, welche diesen Ansiedelzustand trägt, ist eine Rittergewere [22]. Die gesammte Genossenschaft der Träger eines solchen Ansiedelzustandes in einem Lande findet sich auch als das Land [23], die Landschaft [24], und ihre Versammlungen finden sich als Landtage [25], ihre Berechtigungen als Privilegien [26] oder Begnadigungen des Landes [27] bezeichnet. Auch wird die Ritterschaft des Landes der Adel des Landes und die ritterschaftlichen Güter werden auch adlige genannt [28]. Bisweilen wird neben den Prälaten noch ein Stand der Herren unterschieden [29], der einen gleichartigen Ansiedelzustand trägt. Man hat die Rittergüter als solche bezeichnet, denen Adelsrechte anhängen [30], und wiederum als Rittergüter solche adlige Güter, deren Besitzer zur Landstandschaft berechtigt sind [31]. Als deren regelmäßige Beschaffenheit ist indeß auch die der Bestandtheile eines Reichslandes, die Reichsdienste tragen, hervorzuheben; die freilich für die neuere Zeit nur als die Wurzel ihrer Berechtigungen Bedeutung hat.

---

dienst sein. Mit ihnen werden Ritter und edle Knappen identificirt: kl. Kaiserreich III, 1, 5, 6; Grimm a. a. O. Bd. II, S. 373. Wenn anderweitiger Reiterdienst gegen geliehenes Gut versprochen war, so scheint er seiner rechtlichen Bedeutung nach nicht als Ritterdienst betrachtet werden zu können; so nicht derjenige, der die „aigen leut, und die er (der Landesherr) erpiten mag und verkauffen mit sein gut", da leisten, wo Grafen, Freie und Dienstmannen des Landes ihn nicht leisten dürfen; österreich. Landr. 64 bei Ludwig 44, a. a. O. S. 250.

21) Siehe die Artikel Landstände u. Braunschweig Bd. VI, S. 867, Bd. II, S. 372. Lünig, collectio nova (der Freiheiten der landsässigen Ritterschaft) lib. I. p. 10. 11. 147. 168. 551 u. a. a. O.

22) Dipl. a. 1272 bei Guden cod. dipl. lib. III. p. 1146.

23) S. den Art. Landstände Bd. VI, S. 805 flg.

24) Lünig l. c. lib. I. p. 163. 431. II. p. 149.

25) Ebd. I. p. 384 sq. u. a. and. O. Ueber Entstehung der Landtage aus den Hoftagen: Hüllmann, Gesch. des Ursprunges der Stände S. 649.

26) So der schleswig-holstein. Ritterschaft: Falck, schlesw.-holst. Privatr. Bd. I, §. 43; bei Lünig l. c. p. 835; and. ebd. lib. I. p. 10. 147 u. a. and. O.

27) Lünig l. c. p. 10.

28) Runde, Grunds. des gem. teutschen Privatr. §. 385. Adlige Lehen im preuß. Landr. I, 18, §. 66.

29) Lünig l. c. lib. I. p. 10. 11. 147. 551. u. a. and. O. mit I. p. 375.

30) Leyser l. c. §. 2.

31) Hagemann a. a. O. §. 186.

Die Vorrechte des Adels lassen sich, abgesehen von den nicht hierher gehörigen sog. persönlichen, der activen Seite nach in dingliche und gemischte eintheilen. Die ersteren sind diejenigen, welche jedem Eigner eines Rittergutes zustehen, welchem Stande er auch angehöre. Die letzteren sind solche, welche sowohl das Eigenthum eines Rittergutes als auch den persönlichen ritterlichen oder adligen Stand voraussetzen [32]). So lange als Rittergüter nur Personen ritterlichen Standes angeeignet waren [33]), konnte diese Unterscheidung nicht hervortreten. Eine ausschließliche Befähigung des Adels zum Erwerbe von Rittergütern hat nach den Rechtsbüchern insofern bestanden, als sie Ritterlehen oder eigentliche Lehengüter waren [34]). Die Anwendung der lehenrechtlichen Grundsätze der Rechtsbücher, die auf Reichslehen [35]) gehen, erscheint in Ansehung aller Ritterlehen dann gerechtfertigt, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß jeder Ritter vermöge seines persönlichen Standes ein Dienstmann des Reiches geworden sei, und er daher, wenn er als Ritter ein Lehen empfangen, dasselbe auch nach den Grundsätzen des Reichslehenrechtes erworben habe, gleichviel, ob das Gut Reichsgut gewesen oder nicht; es sei denn, daß die Verleihung nach dem Inhalte eines besonderen Hoflehenrechtes geschehen. In Ansehung allodialer Rittergüter findet die Ansicht, daß die Eigenschaft eines Rittergutes

32) Runde a. a. O. u. and.

33) Ueber partikuläre Vorschriften, die den Erwerb solcher Güter auf den Adel beschränken: Riccius a. a. O. S. 419 flg.; preußisch. Landr. I, 18, §. 67. Hagemann a. a. O. §. 181. Man hat es auch als eine Eigenschaft der Rittergüter angesehen, daß sie nur von Rittern besessen werden können: Leyser l. c. §. 2. Ueber die Ursachen ihres Ueberganges in die Hände Unadliger: ibid. §. 4. 5 und über die Bemühungen des sächsischen Adels für die Ausschließung der Bürger von den Rittergütern: Haubold, Lehrb. des sächs. Privatrechtes §. 390.

34) Vgl. den Artikel Lehenrecht Bd. VI, S. 395. Sächs. Lehenr. II. Schwäb. Lehenr. I; wo namentlich auch Kaufleute und Bauern vom Lehensbesitze ausgeschlossen werden. Unter ersteren sind wenigstens diejenigen Bürger begriffen, welche keine rittermäßige Lebensart führen: Homeyer a. a. O. II, 2, S. 299. Dahingegen werden neben „sentmäßigen" Leuten auch für lehensmäßig erklärt: „erbar Bürger" (Erbbürger) im österreich. Landr. 24 bei Ludwig 32 a. a. O. S. 231. Bei den Privilegien, welche Bürgern Lehensfähigkeit beilegen: Haubold a. a. O. N. a in Ansehung der meißnischen und thüringischen Bürger; kleines Kaiserreich IV, 1 a. E. in Ansehung der Bürger der Reichsstädte; vgl. Endemann, das kl. Kaiserr. S. 227, N. 16; Gaupp, Stadtrechte d. M. A. Bd. I, S. 106; Gengler, Stadtr. d. M. A. S. 3, 44, 548 mit S. 318 vom Sachsenspiegel bei Böhme I, 14, 13; erscheint es nicht überall außer Zweifel, ob sie auf eigentliche Ritterlehen zu beziehen ist. — Aufhebungen des Ausschlusses des Bürger- und Bauernstandes vom Erwerbe von Rittergütern in Bayern und Sachsen bei Beseler, System des gem. teutschen Privatr. §. 102, N. 20.

35) Das im Reichslehenhofe geltende Recht: Eichhorn, Einleit. in das teutsche Privatr. §. 10. Indeß wird das Lehenrecht des Sachsenspiegels als sächsisches dem gemeinen Lehenrechte entgegengesetzt im Leipziger Schöffenurtheil hinter Zobel's Sachsensp. p. DXXXVI.

eben durch den persönlichen Ritterstand seines Eigners begründet werde, namentlich in Beziehung auf die Steuerfreiheit, die den Rittergütern zugeschrieben zu werden pflegt, einen Anhaltpunkt in dem Rechtssprüchworte: frei Mann, frei Gut [36]). Die Geltung dieses Grundsatzes für den Ritterstand wird [37]) indeß zweifelhaft durch die geschichtlichen Zeugnisse, die der Ritter als Besitzer von Zinsgut mit Zinspflicht gedenken [38]); und ferner durch die Dienstmanneneigenschaft des Ritters, die ihm, wenn man auch von jener allgemeinen Reichsdienstmannenschaft des Ritterstandes absieht, doch immer aus anderer Ursache beiwohnen konnte. Man hat indeß auch zu den Rittergütern, unter dem Namen der großen, sogenannte Standesherrschaften gezählt, die weniger durch die Landesherrlichkeit in den mit ihnen verbundenen Berechtigungen beschränkt worden sind, als die übrigen [39]). Man hat aber auch andererseits einen Herrenstand, als den (eigentlichen) Adel, wiederum vom Ritterstande unterschieden [40]). Es fehlt indeß, von partikulären Rechten [41]) abgesehen, an einem Zeugnisse dafür, daß der Stand eines Grundbesitzers jemals eine Freiheit des Grundbesitzes von den Beschränkungen, die aus der Landesherrlichkeit fließen, herbeigeführt habe, wo der Grundbesitz bereits in den Zustand rechtlicher Unterwürfigkeit unter diese Beschränkungen versetzt gewesen. Daß der Stand des Eigners an und für sich die Vorrechte eines Rittergutes mit einem Gutsbesitze verknüpfe, kann demnach als leitendes Princip nicht aufgestellt werden.

Eine Verbindung von Rechten mit einem Gute kann in der Gestalt eines eigentlichen Rechtsverhältnisses, nämlich eines Angeeignetseins eines Rechtsgegenstandes an einen Sonderwillen, indeß nicht bestehen. Die einzige mögliche Gestalt einer solchen Verbindung ist die eines Zustandes des Gutes, d. h. des Bestehens der Idee der Rechtsgenossen, welche die Trägerschaft gewisser Berechtigungen als auf dem Gute ruhend betrachtet. Indem dieser Zustand dem materiellen Stoffe rechtliche Eigenschaften beilegt, vermittelt

---

36) Hagemann a. a. O. §. 182. Mittermaier a. a. O. §. 475, der ein daher rührendes partikuläres Verbot der Gutsveräußerung an Freie oder Adlige von den Jahren 1574 und 1763 anführt. Auf gleicher Rücksicht beruhende Bestimmungen bei Riccius a. a. O. S. 456 flg.

37) Namentlich für die Zeit, wo die Ritterschaft noch der angeborenen „adilcheit" entgegengesetzt wird: Görlitz. Landr. 45, §. 3; vgl. Gl. z. sächs. Landr. III, 73, §. 1; Reichsabsch. v. 1497 §. 9—14.

38) Sächs. Landr. II, 21, §. 1 (wiewohl d. Gl. es für unzulässig erklärt, weil L. 31. C. de locato (IV. 65.) den römischen Soldaten die Gutspachtung untersagt); Homeyer a. a. O. II, §. 2, 271. Verm. Sachsenspiegel II, 2, 9 (bei Böhme); und über Zinsgüter von Ministerialen: Riccius a. a. O. S. 186 u. das. Cit. Ueber besteuerte (beschockte oder behufte) Rittergüter in Sachsen: Weber a. a. O. §. 18. Vgl. Braunschw. Wolfenb. Landtagsabsch. v. 1597 §. 18; bei Kraut, Grundr. §. 317, Nr. 6.

39) Weber a. a. O. §. 2.

40) Eichhorn, teutsche St. u. R. G. §. 340, 445.

41) Oben N. 36.

er deren Versinnlichung und gestaltet einen Rechtsstoff 42). In dem Begriffe einer Rechtsstoffgestaltung, die einem rittermäßigen Ansiedelzustande entspricht, empfängt das Rittergut seinen rechtlichen Ausdruck. Diese Auffassung ist dem germanischen Rechte geläufig 43). Und wenn auch der bürgerliche oder bäuerliche Rittergutsbesitzer die Berechtigungen nicht auszuüben vermag, die den Adel voraussetzen, so entzieht doch sein Besitz dem Gute seine rechtliche Gestaltung nicht. Die Rittergüter, welche in die Hände solcher Besitzer gelangt sind, deren Stand das Ruhen der Ausübung der den Adel voraussetzenden gemischten Vorrechte herbeiführt, hat man zuweilen als Sattelhöfe bezeichnet 44). Diese objective Selbstständigkeit der Rechtsstoffgestaltung setzt indeß voraus, daß die Gewere, welche sie trägt, in der Hand jedes Trägers unverändert dieselbe bleibt, also mit gleicher objectiver Selbstständigkeit bekleidet ist. Ursprünglich trägt auch die rechte Gewere des allodialen Gutes diesen objectiven Charakter nicht an sich, indem sie nicht übertragen, sondern nur durch fortgesetzten Besitz, also, sofern es sich um sie selber handelt, in originärer Weise erworben, oder durch Anfall an einen verbundenen Genossen, wie an den Erben, fortgesetzt werden kann. Die Uebertragbarkeit der rechten Lehensgewere hat sich aber später der rechten Gewere des allodialen Gutes mitgetheilt, vermöge der Idee einer mit der gerichtlichen Auflassung verbundenen Aufgebung der Gewere an, und Wiederverleihung derselben durch den Richter 45). Diese Idee, welche den Landrichter in ein lehenrichterliches Verhältniß setzt, stellte eine Gleichheit zwischen dem Lehengute und dem allodialen Gute in Ansehung des Grundes seiner Zuständigkeit her, die dazu beigetragen haben mag, daß zuweilen auch der Erwerb allodialer Rittergüter eine von der Lehenscurie zu ertheilende Belehnung erfordert 46), bald die Lehenseigenschaft der Rittergüter geradezu verwischt erscheint 47).

Die Stoffe der Vorrechte der Rittergüter sind zum Theile denen der Regalien gleich. Es weist dies auf eine Verwandtschaft der Wurzel

---

42) Brackenhöft, die Grundlagen des gemeinen teutschen Rechtes S. 1 flg., 18.

43) Die Rechtstheorie kennt die Namen: Rittergüter, Bauerngüter u. s. w.

44) Runde a. a. O. §. 410 und über die verschiedenen Bedeutungen dieser Bezeichnung: Mittermaier a. a. O. §. 474 und Weber a. a. O. §. 3. Nach der Darstellung des letzteren kann man den Ausdruck nur von: Sadel, Siedel ableiten, und darunter nur einen Wohnsitz verstehen, der durch irgend eine Bevorrechtigung vor den übrigen Sitzen des ländlichen oder städtischen Gebietes sich auszeichnet. Sie können immerhin aus den von den gebietsherrlichen Kellern und Meiern bewohnten Seelhöfen: Grimm, Weisth. Bd. I, S. 61 flg., 374 flg., 377, 437, 655, 676; oder Salen: ebd. I, S. 423. II, S. 223, 338, die auch verschiedene andere Namen führen, hervorgegangen sein.

45) Zeitschr. f. teutsches Recht III, S. 13 flg., 17 flg. Jene Idee bestätigt auch das Brünner Schöffenbuch 322, bei Rößler, teutsche Rechtsdenkm. II, S. 132.

46) So in Sachsen: Weber a. a. O. §. 4.

47) S. den Art. Holstein Bd. V, S. 354. Riccius a. a. O. S. 436,

beider hin. Die fränkischen Könige übten neben dem Heerbanne und dem Gerichtsbanne eine Banngewalt aus, mittelst welcher sie die keiner Sondergewere unterworfenen Stoffe der gemeinsamen Benutzung ganz oder theilweise entzogen, z. B. Waldungen durch Einforsten, oder sie an gewisse Beschränkungen, z. B. Zollabgaben, knüpften[48]). Als die Gestaltung des teutschen Reiches zu einem Wahlreiche dem teutschen Königthum die das Wesen des Königthums bildende Erblichkeit der Trägerschaft desselben in einem Geschlechte entzog, und der teutschen Königswürde nur die Trägerschaft eines geschichtlichen Königthums übrig ließ, vertheilte sich der Stoff des alten Königsansiedels, das Reich im objectiven Sinne, wenn auch theilweise nur successiv, unter die Landesherren, deren Genossenschaft dem Könige und Kaiser gegenüber das Reich in der subjectiven Bedeutung bildete. Die Landesherren machten ihren Schützlingen gegenüber gleichen Gebrauch des Bannes[49]). Die Freiheit von der Duldung dieses Banngebrauches[50]), die in der Gleichheit des Verhältnisses des Ansiedelzustandes mit dem des Landesherrn ihre Wurzel fand, und von ihrer Zustimmung die Verfügungen des Landesherrn, die jenen Zustand berührten, abhängig machte, erscheint als der letzte Grund, der den Ritterdienstträgern den Weg zur Landstandschaft bahnte, ihnen den Gerichtsstand vor dem Landesherrn selber[51]), und ihren ritterdiensttragenden Gütern die Rechtsstoffgestaltung des germanischen Eigen erhielt, die sich zur Gutsherrlichkeit und beziehungsweise zur Grundherrlichkeit gestaltete.

Das Wesen des germanischen Grundeigen besteht in einem souveränen Ansiedelzustande, der eine von einer Gewere getragene Herrschaft

---

403. Im Mittelalter sollen fast alle Rittergüter Lehengüter gewesen sein. Leyser l. c. §. 10.

48) Diese königliche Macht über das Gemeinsame spricht sich schon aus in L. Ripuar. 76. verb.: sylva communis seu regia; mit Cap. Ludov. P. a. 817. c. 7. 22. bei Pertz LL. I. 215. 218.

49) Sei es nun auf den Grund der Verleihung eines solchen Bannes von Seiten des Königs: dipl. a. 992. b. Günther, Cod. dipl. I. 88; a. 1023. b. Meichsner, decis. cam. II. 45; a. 1029. b. Pistor, script. rer. Germ. III. 821; dipl. Friderici I. a. 1156 b. Senckenberg, v. lebhaften Gebrauche u. s. w. S. 126; oder auf den Grund einer Eigensgewere am Gebiete: dipl. a. 1108. b. Lindenbrog, hist. episc. Deventr. p. 214. verb.: bannum ferarum ... quod (comes) ... ex proprietate sua, non dono regali habet.

50) Welches auch dem Grundeigner zugeschrieben wird, so die Befugniß den Wald zum „panholz" zu machen: bayr. Landr. 76; Monum. Boica X. 382. c. a. 1030; namentlich aber dem, der Untersassen in seinem Gebiete hat: Grimm, Weisth. Bd. I, S. 307, 309, 433, 703. Bd. II, S. 46 u. a. and. O.; Bd. III, S. 71, 367; und daher nicht blos Landesherren, sondern auch solchen Gebietsherren zusteht, die man als Dynasten zu bezeichnen pflegt, so: dipl. a. 1052. b. Hontheim, hist. Trevir. I. 393: Walramus et coniux ipsius Adelheid praedia, quae habebant ... eum banno et constrictu ... tradiderunt.

51) Auch die Ansicht von der Unzulässigkeit der Cabinetsjustiz hat nicht überall jede Spur davon vertilgt; vgl. Brackenhöft, Erörter. über Linde's Lehrb. des Proc. S. 121, N. 61.

in einem geographischen Raume begründet[52]). Die nutzenerzeugende Kraft, welche in dieser Räumlichkeit wohnt, bildet ein Gut[53]), d. h. ein Mittel für Zwecke des Sonderwillens. Derjenigen Berechtigungen, welche jener Ansiedelzustand hervorzurufen vermag, bleibt demnach das Rittergut ungeachtet seines Unterworfenseins unter eine Landesherrlichkeit fähig. Nur eine solche Ausübung derselben, welche die Verbindung des Gutes mit dem Kreise der Landesherrlichkeit aufheben würde, wird durch diese Unterwürfigkeit ausgeschlossen. Es eignen sich daher zu Berechtigungen der Rittergüter alle Berechtigungen reichsunmittelbarer Herrlichkeiten, die ohne solche Aufhebung von ihren Eignern ausgeübt werden können. Durch eine ohne Aufgeben der Trägerschaft jenes Ansiedelzustandes geschehene Mitaufnahme anderer Willensträger in denselben, gestaltet sich das Gut, welches in ihm wurzelt, zu einer Grundherrlichkeit, beziehungsweise (in romanistischer Färbung) zu einer Gutsherrlichkeit mit dem Charakter des Obereigenthums. Der geschichtliche Ausgangspunkt der Entwickelung einer solchen Herrlichkeit kann indeß auch umgekehrt der sein, daß dem Ansiedelzustande einer Genossenschaft von außen her ein Träger desselben hinzutritt, der vermöge einer amtlichen Schutzberechtigung, gewöhnlich die Vogtei genannt, jene Herrlichkeit als eine Sonderberechtigung erwirbt[54]). Sofern hier der Entwickelung zu einem Gutseigenthum das Eigenthum der Schützlinge Widerstand leistet, dehnt sich über letzteres eine reine Gutsherrlichkeit aus[55]). Abgesehen von den Leistungen, die eine solche Herrlichkeit den Mitaufgenommenen oder den Schützlingen auferlegt, und den obrigkeitlichen Berechtigungen, welche sie in sich schließt, kann sie bald eine gewerbliche sein, die die ausschließliche Befugniß zu gewissen Gewerben, als Mühlenbetrieb, Bierbrauerei u. s. w., begründet, bald aber eine wirthschaftliche, sofern sie zur eigenen Benutzung von Bodenerträgnissen, z. B. durch Holzhieb, Jagd und Fischerei befugt. So können aus dem inneren Gehalte dieses germanischen Eigen Berechtigungen hervorgehen, die den regalistischen Berechtigungen des Landesherrn gegenüber als ausnahmsweise Bevorrechtigungen erscheinen. Berechtigungen dieser Art sind ihrer Natur nach rein dingliche. Ihre Verwirklichung kann möglicherweise bei jedem einzelnen Gute, vermöge dessen eigenthümlicher Geschichte, eine andere sein. Auch die Ansichten der Rechtslehrer, welche Bevorrechtigungen das Wesen des Rittergutes erheischt, sind verschieden. Bald wird nur die Steuerfreiheit als wesent-

52) Zeitschrift für teutsches Recht Bd. III, S. 8, 9.

53) Welches sowohl von der Nutzung als von der Gewere unterschieden wird. Brackenhöft, Grundl. des gem. teutschen Rechtes S. 9, N. 26.

54) Ueber den Ursprung der Gutsherrlichkeit aus der Vogtei, beziehungsweise aus der Persönlichkeit des freien Eigenthümers: Reyscher, würtemberg. Privatr. §. 232; Weiske, die Gutsherrlichkeit u. s. w. S. 3, 16 flg.

55) Als die Spitze einer bäuerlichen Genossenschaft Weiske a. a. O. S. 26.

lich betrachtet [56]), bald aber werden auch Landstandschaft, Braugerechtigkeit und Jagdgerechtigkeit dahin gezählt [57]), bald werden diejenigen, welche aus solchen Belastungen der Untersassen entspringen, die als den Bauerngütern eigenthümliche gelten, unter der Benennung gutsherrlicher Rechte oder Herrschaftsrechte ausgezeichnet [58]), oder, wie in den Lehrbüchern, solche, welche Reallasten begründen, gar nicht unter jenen Bevorrechtigungen genannt, und bald findet sich eine Reihe derselben von solcher Beschaffenheit aufgezählt, die einer obrigkeitlichen Gewalt entsprechen [59]).

Unter den Zubehörungen der gewerblichen und wirthschaftlichen Herrlichkeit, welche von den Rechtslehrern regelmäßig als besondere Vorrechte der Rittergüter genannt werden, sind, abgesehen von den selteneren, als Zoll-, Weggeld-, Geleits-, Fähr- und Flößgerechtigkeit [60]), hierher zu zählen: die Braugerechtigkeit, die Wirthshausgerechtigkeit, die Jagd- und Fischereigerechtigkeit und die Forstgerechtigkeit. Die beiden ersteren scheinen ihren Platz hier nur dem Gesichtspunkte zu verdanken, daß sie eine Ausnahme im Verhältnisse zur städtischen Gewerbeberechtigung bilden [61]); ein Gesichtspunkt, der indeß nur dann Anwendung erleiden kann, wenn ein Rittergut im Kreise der städtischen Bannmeile liegt [62]). Man pflegt deren vollständige Zuständigkeit von besonderen Erwerbsgründen abhängig zu machen, eine Abhängigkeit, die man in Ansehung der Berechtigung Branntwein zu brennen nicht annimmt [63]). Die Jagdgerechtigkeit ist zweifacher Art,

---

56) Hagemann a. a. O. §. 181.

57) Weber a. a. O. §. 19—28.

58) Hagemann a. a. O. §. 187.

59) So bei Riccius a. a. O. S. 408 flg.

60) Hagemann a. a. O. §. 187.

61) Riccius a. a. O. S. 449 flg. Weber a. a. O. §. 21. Ersterer stellt indeß die Braugerechtigkeit zwar als den Rittergütern anhängend, aber auch, wenigstens für Sachsen, als dem Adel persönlich verliehen dar. Letzterer führt an, daß diese Gerechtigkeit innerhalb der städtischen Bannmeile auf den eigenen Bedarf, den sog. Tischtrunk beschränkt, aber durch landesherrliche Concessionen weiter ausgedehnt zu sein pflege.

62) Denn in anderer Beziehung, und abgesehen von der Eigenschaft eines Bann- oder Zwangsrechtes, lassen sie sich als Vorrechte nur betrachten, wenn Brauen (wie es zuweilen geschehen: Hagemann a. a. O. §. 212) und Gastwirthschafthalten als landesherrliches Regal betrachtet wird, oder insofern als diese Betriebe von polizeilicher Verstattung des Landesherrn unabhängig sind. Ersteres läßt sich aber keineswegs als allgemeiner Grundsatz aufstellen, und diese Unabhängigkeit würde sich in eine Folge einer eigenen Polizeigewalt der Rittergutsbesitzer auflösen. Riccius a. a. O. S. 449. Weber a. a. O. §. 21 halten indeß zum Braugewerbe beziehungsweise zum Gastwirthschafthalten ein landesherrliches Privilegium oder eine landesherrliche Concession auch für Rittergutseigner erforderlich.

63) Riccius und Weber a. a. O. Hagemann a. a. O. §. 212—215, der indeß die Befugniß der Ertheilung von Gastwirthschaftsconcessionen dem Landesherrn nur zuweist, wo sie als Kammerregal hergebracht, sonst aber sie als Attribut der niederen Gerichtsbarkeit betrachtet.

je nachdem sie als ausschließliche Befugniß in einem bestimmten Gebiete oder als concurrente gemeinsame Befugniß in einem von einer solchen Befugniß freien Gebiete besteht. Von der Jagdberechtigung in der letzteren Bedeutung ist die Rede, wenn die Rechtsbücher sie, mit Ausnahme der Bannforsten des Königs, jedem zuschreiben[64]), sie später aber als ein Vorrecht betrachten, welches der Kaiser denjenigen verliehen, welche den Heerschild haben[65]), oder nach dem Ausdrucke späterer Juristen, als ein Vorrecht der Rittermäßigen und als ein Regal[66]). In diesem Sinne kann diese Berechtigung als ein dem Rittergute anhängendes Vorrecht nicht betrachtet werden. Die Jagdberechtigung in der ersteren Bedeutung beschränkt sich aber, von Servituten abgesehen, auf den Umfang des Rittergutes, und kann, selbst vom Standpunkte des romanistischen Eigenthums, nie als ein Vorrecht des Eigenthümers gelten, sondern auch dann, wenn ihr ein Regal[67]) gegenübersteht, nur als ein Befreitsein erscheinen. Insofern demnach dem Rittergutsbesitzer nur niedere oder mittlere[68]) Jagd zusteht[69]), ist der Mangel der höheren Jagd immer nur eine Beschränkung. Die Fischereigerechtigkeit, die ebenfalls einen Platz unter diesen Vorrechten zu finden pflegt[70]), steht vom rechtlichen Gesichtspunkte aus[71]) der Jagdgerechtigkeit gleich[72]). In gleicher Weise, wie mit der Jagdberechtigung in dieser Bedeutung, verhält es sich mit dem Forstrechte[73]), sofern man darunter nur Waldnutzung[74]) versteht und nicht etwa eine Forstpolizei oder eine Forstgerichtsbarkeit[75]).

---

64) Sächs. Landr. II, 61, §. 1; Görlitz. Landr. 34, §. 3; v. Sachsensp. V, 31, 1; Eisen. Rechtsb. III, 58.

65) Bürgern der Reichsstädte nur mit Beschränkungen: v. Sachsensp. a. a. O. Beispiele derartiger gebietsherrlicher Verleihungen an Stadtbürger bei Gengler a. a. O. S. 554, 564.

66) Tengler's Laienspiegel ed. a. 1538 Bl. 198 flg.

67) Gegen das Forstregal: Maurenbrecher, Lehrb. des gem. teutschen Privatr. (2. Aufl.) §. 178, N. 4.

68) Cod. August. II. p. 611. 612. Preuß. Landr. II, 16, §. 37. Weber a. a. O. §. 22. Hagemann a. a. O. §. 200.

69) Bergisches Ritterrecht aus dem 13. oder 14. Jahrh. §. 34; von 1478 §. 64; Monum. Boica XXVIII. P. 2. p. 511; bayer. Verordn. von 1487 bei Krenner, bayerische Landtagshandl. 10, 95; von 1493 ebd. 9, 242.

70) Hagemann a. a. O. §. 209 flg. Beisp. von der Jagd- u. Fischereiberechtigung der Herren bei Grimm, Weisth. Bd. I, S. 422, 424, 426 flg., 480, 534, 754, 830. Bd. II, 748, 756, 887, und von Theilnahme der Untersassen daran ebd. Bd. I, S. 384 flg., 387 flg.

71) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 276.

72) Wenn sie auch kein Stück der Jagdgerechtigkeit: Hagemann a. a. O. §. 209, in dem Sinne ist, daß ihr Stoff ein Zubehör des Stoffes der Jagdgerechtigkeit bildet.

73) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 276.

74) Vgl. Mittermaier, Grunds. des teutschen Privatr. §. 207.

75) Welche beide man auch neben der Forstgesetzgebung als Bestandtheile der Forsthoheit betrachtet: Mittermaier a. a. O. §. 206.

Andere Vorrechte der Rittergüter erfordern eine andere Auffassung. Eine Obrigkeit des Trägers des germanischen Eigen über die in dessen Sphäre aufgenommenen Personen, kann ihrer Natur nach nicht weiter gehen, als sie in einer Verfügung über denjenigen Stoff desselben besteht, in Ansehung dessen keiner dieser Personen eine ausschließliche[76]) Aneignungsbefugniß zugewert ist. In diesem Umfange ist sie eine Polizei[77]), deren Rechtsgrund in der gewerten Herrschaft im Kreise des Eigen seine Wurzel hat. Nach der ursprünglichen Gestaltung des rechten germanischen Eigen konnte aber eine Gewerung des Ansiedelzustandes der Mitaufgenommenen erst dann zur Verwirklichung gelangen, wenn sich ihre Gesammtheit zu einer gewerenden Genossenschaft gebildet hatte[78]), nämlich dann, wenn die Zahl derselben, die durch die Ansiedelung in dem Gutsstoffe eines und desselben Eigners in den Zustand der Stoffgenossenschaft mit diesem und untereinander getreten waren, so groß war, daß sie ein Urtheil zu finden[79]), nämlich einen gewerenden Rechtsspruch zu verwirklichen vermochten, der den Eigner zur Anerkennung nöthigte. Und wenn dies der Fall war, so stand dem Eigner des Gutes die Befugniß zu, sie zur Ertheilung des Rechtsspruches zu nöthigen und dessen Folgen zu verwirklichen oder die Richterfunction[80]). Mag man nun die Uebung der richterlichen Thätigkeit zugleich als eine Obliegenheit des Eigners, der sich den Mitaufgenommenen als der Herr gegenüberstellt, betrachten oder nicht, so liegt jedenfalls immer in Beziehung auf diese Ansiedelzustände entweder eine Polizei oder eine Richtergewalt in seiner Hand[81]). Der Ansiedelzustand eines Menschen begreift aber die Gesammtheit seiner rechtlichen Zustände in sich, so lange nicht eine Rechtsanschauung herrscht, die aus diesem Ansiedelzustande, der Were, eine Person mit abgeschlossenen Rechtsverhältnissen aussondert, deren jedes für sich wiederum

---

76) Sondern nur eine concurrirende einer Mehrzahl oder der Gesammtheit derselben, ohne deren Abgeschlossensein zu einer selbstständigen rechtlichen Einheit.

77) Brackenhöft, Grundl. des gem. teutschen Rechtes S. 23, N. 11—14.

78) Sofern dies nicht der Fall war, konnten die Mitaufgenommenen nur entweder eigene Leute sein oder ihr Ansiedelzustand mußte, gleich dem Aufenthalte der sog. Gäste, von der Gnade des Herrn abhängig sein, so lange ihnen wegen desselben der Schutz des Landgerichtes nicht gewährt wurde. Denn eine Gewere nach Hofrecht: vgl. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatr. §. 156; Phillips, Grundſ. des gem. teutschen Privatr. §. 253, war ohne eine solche Einrichtung unmöglich, weil es kein Gericht gab, vermittelst dessen sie geltend gemacht werden könnte.

79) Schwäb. Lehenr. 125; vgl. ebd. 9, a. 18, 26, 27. a. 84, 128.

80) Schwäb. Lehenr. 125, und viele Weisthümer bei Grimm a. a. O. ergeben dies.

81) Und zwar die ersteren, jedenfalls als eine Berechtigung im Verhältnisse zu den Mitaufgenommenen.

einen besonderen Rechtskreis bildet[82]). Diese Auffassung ist der ursprünglichen germanischen unter dem Principe der Gewerung stehenden Rechtsanschauung indeß fremd. Jene Gerichtsbarkeit des Eigners und Herrn, mag man sie nun, gleich der heutigen gutsherrlichen, als eine patrimoniale bezeichnen[83]) oder nicht, hat demnach, so lange jenes Gewerungsprincip herrscht, keine Grenzen, welche irgend eine Art von Zuständen ihrer Natur nach von ihr ausschlössen.

Die Umgestaltung der Rechtsanschauung, die das römische Recht herbeigeführt hat, setzt indeß an die Stelle des gewerenden Rechtsspruches der Genossen die Entscheidung durch ein richterliches Amt, und duldet eine Patrimonialgerichtsbarkeit in dem angegebenen Sinne nicht neben sich, weil sie von ihrem Standpunkte aus der richterlichen Qualification einer Gerichtsbarkeit gänzlich entbehrt, und die neuere Patrimonialgerichtsbarkeit, als die Zuständigkeit einer richtlichen Entscheidungsfunction[84]), ist eine ganz andere als jene ältere. Wenn man demnach die heutige Patrimonialgerichtsbarkeit zu den Vorrechten der Rittergüter zählt, wiewohl nur als ein gewöhnliches Vorrecht derselben, das nicht allen Gütern dieser Art beiwohnt[85]); so kann man sie als einen Bestandtheil des germanischen Eigen nur insofern ansehen, als jene ältere Gerichtsbarkeit als der geschichtliche Grund der Zuständigkeit der neueren Patrimonialgerichtsbarkeit betrachtet werden kann[86]). Dafür spricht aber, daß diese sich häufig bei Rittergütern findet, ohne daß ein Erwerb durch eine Verleihung derselben nachzuweisen ist[87]). Es spricht dafür ferner der Umstand, daß ihr häufig die höhere Criminalgerichtsbarkeit oder der Blutbann fehlt[88]), indem diese vermöge positiver Beschränkung jener Eigner durch den königlichen Gerichtsbann, dessen Uebung durch andere als den König, einen

82) Brackenhöft, Grundl. des gem. teutschen Rechtes S. 6.

83) Weil sie ihre Wurzel im Eigen hat und daher nach romanistischer Auffassung im Vermögen ruht.

84) Zu welcher sie sich umgestaltet, seitdem die Urtheilsfunction der alten Richterfunction als Bestandtheil einverleibt ist: Brackenhöft, Erörter. zu Linde's Lehrb. S. 119 flg.; wobei sie aber auch ihre alte Bedeutung, die des gewerenden Rechtsspruches der Genossen: Desselben Grundl. d. gem. teutsch. Rechtes S. 10, 80, N. 45, S. 87, 132 flg. verliert.

85) Runde a. a. O. §. 418 u. a.

86) Ein solcher Zusammenhang wird auch angenommen von Hesse, Ansichten über die Patrimonialgerichtsbarkeit S. 6 flg.

87) Auch da, wo landesherrliche Privilegien dieselbe gewährt haben, wie in Bayern, Oesterreich, Lüneburg, Holstein: Brackenhöft, Erörter. zu Linde S. 188, N. 5, ist es nicht außer Zweifel, ob sie nicht nur eine Anerkennung des Bestehenden enthalten. Blos auf Privilegien gründet die Patrimonialgerichtsbarkeit der Geistlichkeit und des niederen Adels: Struben, Nebenstunden V, Nr. 34. S. auch den Artikel Gericht Bd. IV, S. 548.

88) Der im Zweifel nicht darunter begriffen sein soll: Runde a. a. O. §. 704, und insbesondre nur durch Verleihung erworben ist, nach Riccius a. a. O. XIX, §. 37, auch den Reichsrittern keineswegs immer zugestanden. Eichhorn, teutsche St. u. R. G. §. 439, 539.

Erwerb durch Verleihung erforderte[89]), jener älteren Patrimonialgerichtsbarkeit landsässiger Herren zu fehlen pflegte[90]). Es redet auch nicht dagegen, daß manchen Rittergütern jede Gerichtsbarkeit fehlt, weil jene ältere Patrimonialgerichtsbarkeit nur infolge einer Mitaufnahme von Unteransiedlern und der Gestaltung einer gewerenden Genossenschaft derselben zur Verwirklichung gelangte. Als Regel muß man daher die Ansicht aufstellen, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit der Rittergüter zwar ein besonderes Vorrecht derselben, aber ein durch die ursprüngliche Gestaltung des rittermäßigen Eigen erworbenes Vorrecht ist, eine Ansicht, die dieser Gerichtsbarkeit ihren Platz unter den dinglichen Vorrechten anweist. Je nachdem der Blutbann fehlt oder nicht, wird ihrem Träger ein ungeschlossenes oder ein geschlossenes Gericht zugeschrieben[91]). Ihre neueste partikularrechtliche Gestaltung zu einer Richterernennungsbefugniß[92]) hat sie ihrem Wurzelverhältnisse wieder näher gebracht. Eine polizeiliche Gewalt wird unter den Vorrechten der Rittergüter bald gar nicht genannt[93]) oder doch ihren Be-

89) Schwäb. Landr. 92, 119. Sächs. Landr. III, 52, §. 3.

90) Sie pflegt dem landesherrlichen Landrichter vorbehalten zu sein; z. B. österreich. Landr. 30, 38 a. a. O. S. 267 flg.; Kaltenboeck, die Pan- und Bergtaidingsbücher in Oesterreich S. 1, Zif. 8, 9. S. 19, Zif. 10. S. 275, Zif. 9. S. 376, Zif. 3, 4, oder statt dessen von einem Stadtrichter geübt zu werden, ebd. S. 173, Zif. 16; Neumann, Magdeburg. Weisth. S. 29, 187 flg. oder einem neben dem Herrn stehenden Voigte zuständig sein: Grimm a. a. O. I, S. 113, 121, 149, 151, 260, 266, 288, 349, 390, 406, 709, 798. II, S. 23. 473 mit 434, 606. III, S. 1. Aehnliche Verhältnisse finden sich, wo Städten die Gerichtsbarkeit verliehen worden: Stadtr. v. München v. 1294 §. 9; von Neheim v. 1358 §. 1; von Lippstadt v. 1240 §. 1. Indeß können auch bloße Dorf- und Hofherren die hohe Gerichtsbarkeit haben: Magdeb. Fr. I, 2, 22—24, 26, und die Verleihungen (oben N. 87) sind zuweilen eben auf Aenderung jenes Verhältnisses gerichtet, indem sie die Untersassen für cent- und voigtfrei erklären: Brackenhöft Erörter. zu Linde's Lehrb. S. 188, N. 5. S. 167, N. 16.

91) Claproth, Einleit. in d. ordentl. bürgerl. Proc. §. 24 und über die Beschränkungen der geschlossenen Gerichte: Struben, rechtl. Bedenken I, B. 55; ferner über die Beschränkung dieser Gerichtsbarkeit auf gewisse Personen, Orte oder Güter: Hagemann a. a. O. §. 225 flg.; Riccius a. a. O. S. 406.

92) Brackenhöft, Erörter. zu Linde's Lehrbuch S. 188, 189 mit S. 119. Beispiele gänzlicher Aufhebung; in Würtemberg v. 10. Mai 1809; in Anhalt Köthen v. 28. Dec. 1810; in Baden (wiewohl unter Widerspruch der Standesherrn) v. 1. Juni 1813; in Braunschweig v. 26. März 1823, siehe den Art. Braunschweig Bd. II, S. 376 flg. Ueber das Königreich Sachsen: Weiske a. a. O. S. 33.

93) Struben, Nebenst. III, Nr. 23, §. 23. V, Nr. 34; rechtl. Bed. II, B. 136, weist indeß Polizeisachen (also Polizeigerichtsbarkeit, als Befugniß zur Vollziehung der bestehenden Polizeigesetze: v. Berg, Hdbch. des Polizeir. IV, Nr. 7, §. 53, 54, VIII; und gegen diese Bezeichnung: Pfeiffer, über die Grenzen der Civilpatrimonialjurisd. S. 134 flg.) den ungeschlossenen Gerichten zu, spricht ihnen jedoch ebd. III, B. 40, von eiligen Nothfällen abgesehen, die Befugniß ab, neue Polizeiordnungen zu erlassen. Dorfsstatuten in Polizeisachen zu errichten, namentlich Kleiderordnungen zu erlassen, hat man indeß

sitzern auf den Grund einer Doctrin, die den ganzen Inhalt des von ihr gestalteten Begriffes der Regierungsgewalt der Landeshoheit beilegt, nur für den Fall des Erwerbes mittelst einer landesherrlichen Verleihung zugeschrieben [94]). Zuweilen erkennt man einzelne Zweige dieser Gewalt den Rittergutseignern schlechthin zu, so die Befugniß Gewerbebetrieb zu erlauben und die Ausübung der Gesundheitspflege durch ärztlichen Beistand zu gestatten [95]). Zuweilen wird eine Polizeiaufsicht der Rittergutseigner als ein Zubehör ihrer niederen Gerichtsbarkeit aufgestellt [96]). Es wird aber auch eine die Localpolizei mit befassende obrigkeitliche Gewalt als wesentliches Element der von jener Gerichtsbarkeit gesonderten Gutsherrlichkeit aufgefaßt [97]). Die Polizei unterscheidet sich indeß in ihrer Richtung von der bürgerlichen Rechtspflege dadurch, daß sie nicht auf die Herstellung der Wirksamkeit der Rechte, sondern auf die Verwirklichung der Zwecke der Rechtsstoffe geht [98]). Sofern ihre Thätigkeit für diese Verwirklichung eine vorbereitende ist, theilt die Strafrechtspflege diese mit ihr und unterscheidet sich nur durch den Gebrauch eines anderen Mittels, das in einem Eingriffe in die Sonderrechte besteht [99]), die der Polizei nicht gebührt [100]). Da das Gebiet einer Thätigkeit, wenn man es ihrer Natur gemäß bestimmt, nach dem Bedürfnisse der Erreichung ihres Zweckes bemessen werden muß, die Umstände aber, welche jenes Gesammtziel der Polizei zu gefährden vermögen, ihre Wirksamkeit nicht an geographische Grenzen binden, so kann ein Ausgenommensein eines Gebietstheiles von der Gesammtheit des Gebietes in Ansehung dieser Thätigkeit mit dem Wesen der Polizei nicht vereinbart werden [101]). Daraus folgt, daß die Rittergutsbesitzer die Uebung dieses Theiles der Polizei entweder in Uebereinstimmung mit den polizeilichen Normen des ganzen Landes selber übernehmen [102]) oder sie der landesherrlichen Gewalt auch für

---

als eine Befugniß der Rittergutsbesitzer in Sachsen angesehen: Riccius a. a. O. S. 411, 426; anderswo die Befugniß Wochenmärkte zu gestatten: ebend. S. 410 flg.

94) Pfeiffer a. a. O. S. 121 flg. mit S. 103 flg.

95) Hagemann a. a. O. §. 216, 218.

96) Ebendas.

97) So in Ansehung des Königr. Sachsen; Weiske a. a. O. S. 32 flg.

98) Der Zweck des Staatswohles, den man als das Merkmal der Polizei aufzustellen pflegt, fehlt auch der Rechtspflege nicht.

99) Brackenhöft, Erörter. zu Linde's Lehrb. S. 109.

100) Wenn sie auch die Ausübung derselben beschränken kann.

101) Die Beschreibung der höheren Polizei, als derjenigen, welche den ganzen Umfang des Staates zum Gegenstande ihrer Thätigkeit macht: v. Berg a. a. O. IV, Nr. 7, §. 3, 4, ist für das Wesen dieser Polizei von gar keiner Bedeutung. Als ein rein willkürlich positives Gebiet, nebenbei als eine Bezeichnung für Staatsstreiche, wird sie genannt von Mohl, Polizeiwissenschaft I, S. 55.

102) Zuweilen ist den Gutsherren selbst eine Sorge für die Existenz ihrer einzelnen Untergehörigen aufgelegt: preuß. Landr. II, 7, §. 122.

ihre Gebiete zugestehen müssen. In Ansehung derjenigen Güter, welche mit geschlossenen Gerichten versehen sind, wird dies anerkannt in der Befugniß ihrer Eigner in ihrem Gebiete selber die Anordnungen der Landesregierung zum Vollzug zu bringen[103]). Sofern indeß die Thätigkeit der Polizei unmittelbar die Verwirklichung des Zweckes, den Rechtsstoff ergreift, indem sie der vernichtenden, beschädigenden oder gebrauchstörenden Einwirkung der Natur oder der Menschen materielle Mittel der Abwehr entgegensetzt, ist ihr Gebiet ein locales und es kann jeder Gebietstheil diese Thätigkeit für sich abgesondert regeln[104]). Wenn demnach vom rittermäßigen Eigen die Befugniß zur Thätigkeit für jene Verwirklichung nicht getrennt werden kann[105]), so muß dieser Zweig der Polizei als ein Bestandtheil dieses Eigen betrachtet werden. Dessen Uebung findet sich im Mittelalter in der Hand solcher Gebietsherren, in deren Herrlichkeit, wenn sie auch dem Gebiete die Benennung einer Herrschaft verschafft, doch kein anderer Charakter hervortritt, als der des germanischen Eigen oder einer von ihm getragenen Grundherrlichkeit[106]). Die der Regelung und Beaufsichtigung der Benutzung der genossenschaftlichen Stoffe und Einrichtungen der Ansiedelzustände des Gebietes, der Wege, Waldungen, Weideplätze u. s. w., der Maße und des Gewichtes, und der Bestellung von Functionairen für deren Ausführung[107]). Dieser Zweig der Polizei sonderte sich indeß von der

---

103) Hagemann a. a. O. §. 224.

104) Also auch eine derselben entsprechende Ordnung feststellen, wovon sich Beisp. bei Kaltenbaeck a. a. O. fast auf jeder Seite finden.

105) Weil sie eben nur eine Verfügung über dessen Stoff zum Gegenstande hat: oben N. 76, 77.

106) Die also, sofern sie einer Landesherrlichkeit unterworfen, jedenfalls eine gleiche Zwischenstellung zwischen dieser und ihren Untersassen einnehmen, wie Eigner von Rittergütern, wenn auch der Umfang der Herrlichkeit nach Verschiedenheit der geschichtlichen Entwickelung verschieden sein kann; eine Verschiedenheit, die auch unter den Herrlichkeiten obwaltet, die den Namen der Rittergüter tragen.

107) Die Zeugnisse dafür sind in großer Zahl in den Weisthümern und beziehungsweise Pantaidigungsbüchern vorhanden. Und so lange die Patrimonialgerichtsbarkeit nicht durch besondere juridisch gebildete Justitiarien administrirt worden, scheint deren Uebung und die jener Polizei auch regelmäßig in der Hand desselben Trägers, des Richters oder seiner Unterbedienten, vereint gewesen zu sein. Namentlich wird dies in Ansehung der Feldpolizei oder Feuerpolizei und der Wegepolizei, der Brunnenpolizei, von dem durch den Herrn des Eigen eingesetzten Dorfrichter und den ihm beigegebenen Schöffen oder Geschworenen bezeugt: Kaltenbaeck a. a. O. S. 4, Zif. 13, 28. S. 13, Zif. 7. S. 15, Zif. 25. S. 19, Zif. 23. S. 3, Zif. 54. S. 47, Zif. 38, 39. S. 49, Zif. 59. S. 61, Zif. 3, 4. S. 65, Zif. 4. S. 69, Zif. 48. S. 78, Zif. 1. S. 80, Zif. 28—30. S. 350, Zif. 58, ja selbst eine Aufsicht derselben über die Beobachtung der religiösen Gebräuche: ebd. S. 63, Zif. 32. Ferner haben sie Herumtreiber u. s. w. von der Gemeinde zu entfernen: ebd. S. 351, Zif. 70; und wo ihnen die Strafgerichtsbarkeit nicht zusteht, übt der Richter die Function der Ergreifung der Verbrecher (den Fürfang) und der Auslieferung an den Strafrichter: ebd. S. 1, Zif. 8, 9. S. 19, Zif. 10. S. 173, Zif. 16. S. 243, Zif. 6.

hausherrlichen Gewalt des Grundeigners[108]) erst ab, wenn in dem Gebiete derselben eine zur Genossenschaftlichkeit des Ansiedelstoffes führende Mehrheit von Ansiedelzuständen verschiedener Träger zusammengedrängt ist, auch wenn ein Theil derselben zum Grundeigner nur in dem Verhältnisse der Untergenossen steht. Es findet sich daher bei ihm regelmäßig eine Abhängigkeit von der autonomischen Zustimmung und beziehungsweise einer Mitwirkung der Untergenossen[109]). So gestaltet dieser Zweig der Polizei, den man als eine Ortspolizei und bei der Unmittelbarkeit seiner Ausführung im Verhältnisse zum Zwecke der Polizei auch als eine niedere bezeichnen kann, sich seinem Inhalte nach zu einer Gemeindepolizei. Ihrer Zuständigkeit nach verliert sie aber diesen Charakter, sofern sie in der Hand eines Uebergenossen liegt, der sich dem Gemeinwesen der Untergenossen als ein Sonderberechtigter gegenüberstellt, und den Stoff der Oeffentlichkeit des Gemeinwesens diesem durch ein Herüberziehen desselben in den Kreis seiner Sonderberechtigung verschließt. Ihre Eigenschaft als Bestandtheil des Eigen wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß ihre Verwirklichung einen genossenschaftlichen Zustand im Kreise des Eigen voraussetzt, sobald die Spaltung im Innern des Eigen, welche durch die Mehrzahl, welche in der Genossenschaft liegt, die Einheit desselben nach Außen hin nicht aufhebt. Diese Aufhebung wird aber abgewendet durch das Bestehen einer einheitlichen Gewere für den gesammten Kreis des Eigen, und sie, die hier in der Hand des Eigners und Uebergenossen liegt,

---

S. 275, Zif. 9. S. 376, Zif. 3, 4. An anderen Orten giebt es für die Feld- und beziehungsweise Waldpolizei besondere aufsehende Functionäre, die theils vom Herrn, theils von der Gemeinde ernannt werden; so Bannwarten und Förster: Grimm a. a. O. I, S. 54, 101, 107, 115, 123, 493, 750, 752 flg., 666. II, S. 4.

108) Die bei voller Souveränetät des Eigen (oben N. 25) jede fremde richterliche oder polizeiliche Thätigkeit im Kreise desselben ausschließt, so lange der Eigner diejenige Thätigkeit aufwendet, welche innerhalb desselben erforderlich wird, um den Friedenszustand außerhalb desselben zu erhalten; die darin besteht, die auf demselben befindlichen Personen dem Gerichte zu stellen: Brackenhöft, Grundl. des gem. teutschen Rechtes S. 83, 84, N. 60; eine Freiheit, die sich zuweilen selbst bei Bürgerhäusern in den Städten findet: Stadtr. von Eisenach v. 1283 §. 6; von Klagenfurt v. 1338 §. 9; von Rain v. 1332 §. 3; von Bamberg (Mitte des 14. Jahrh.) §. 187—189 mit 190; aber hier allerdings zuweilen modificirt ist: Stadtr. von Holzminden v. 1245 §. 12; von Bodenwerder v. 1287 §. 25, 32, 33. Aus ihm entspringt zunächst der Fürfang (oben N. 107; vgl. Kaltenbaeck a. a. O. S. 359, Zif. 19), woran sich die eigentliche Immunität knüpft: Brackenhöft a. a. O. Die Ableitung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus der Gewalt des Herrn über seine eigenen Knechte: Riccius a. a. O. S. 405, hat eine ganz andere Grundlage, die sich jedenfalls nur zu einer geschichtlichen Veranlassung dieser Verhältnisse eignet.

109) Das zeigen wiederum die Weisthümer und die Pantaidigungsbücher. Sie ergeben jedenfalls so viel, daß es nicht von der Willkür des Herrn abhing, die durch Herkommen befestigte Ordnung zu ändern. Dahingegen finden sich Anerkennungen der Berechtigung des Herrn, sich des Gehorsams seiner Untersassen durch deren eidliche Huldigung zu versichern: Riccius a. a. O. S. 408.

trägt diesen Zweig der Polizei als einen Bestandtheil des Eigen. Das Rittergut sondert sich dadurch von den außerhalb seines Kreises bestehenden Gemeindeeinrichtungen ab, eine Absonderung, die sich zuweilen auch unabhängig von einer Polizeigewalt über Untergenossen zeigt[110]), und dessen Eigner besondere Berechtigungen zuwendet, die theils als Befreiungen von wirthschaftlicher Gemeindeverbindung erscheinen, z. B. die eine besondere Schafheerde mit eigenem Hirten zu halten[111]), theils ihm die Sonderträgerschaft gemeinwesenartiger Einrichtungen gewähren[112]). Der vorbereitende Zweig der Polizei, der sich jener niederen als ein höherer gegenüberstellen läßt, kann indeß, bei der Einheit des letzten Zweckes beider Kreise, ihm gegenüber keine Selbstständigkeit in Ansehung des Gebrauches der Mittel bewahren, indem der Mangel der Wirksamkeit der niederen Polizei nicht allein die Wirksamkeit der höheren vereiteln, sondern auch einem Zustande Raum geben kann, der den Gebrauch der Mittel der höheren Polizei an und für sich selber schon ausschließt, z. B. einen solchen, der das Bestehen von Kirchen und Schulen unmöglich macht[113]). Das Rittergut mit seiner niederen Polizei kann also nur dann in innerer Verbindung mit dem Lande stehen, wenn seine niedere Polizei sich in die Organisation der höheren Polizei des Landes hineinfügt. Dieses Hineinfügen kann erheischen, daß ein Mittel der niederen Polizei zugleich für die Zwecke der höheren Polizei verwendet wird, z. B. die Entfernung und Ueberwachung von Personen auch gegen solche angewendet wird, die eine Thätigkeit äußern, welche die dem Zweige der niederen Polizei ihrer Natur nach nicht angehörige Sittlichkeit gefährden. Diese Nothwendigkeit kann aber kein rechtlicher Grund sein, die niedere Polizei oder ihren Träger dieses Mittels zu berauben, wohl aber ein rechtlicher Grund den letzteren zu nöthigen, dieses Mittel für die Zwecke der höheren Polizei zu gebrauchen, wenn er den Gebrauch desselben nicht aufgeben will[114]). Die Polizei des Rittergutseigners kann also eine Beimischung

---

110) So in der Befreiung von der Pflicht sonstiger Ansiedelgenossen: sächs. Landr. II, 54, §. 2; v. Sachsensp. bei Ortloff II, 7, 2, 3; Eisen. Rechtsb. III, 52—54; Brünner Schöffenb. 528; sein Vieh vor den Gemeindehirten zu treiben: Grimm, Weisth. III, S. 417.

111) Weber a. a. O. §. 38 mit Grimm a. a. O. II, S. 721. In älterer Zeit wird diese Berechtigung dem zugestanden, der drei Hufen zu Eigen oder zu Lehen hat: Cit. der vor. Note; ein Grundbesitz, der zum Gelangen zur Schöffenfunction befähigt: sächs. Landr. III, 81, §. 1; welche die Angehörigkeit zur Gerichtsgemeinde des Grafen vermittelt: sächs. Landr. I, 2, §. 2. III, 26, §. 2.

112) Z. B. Halten von Mühlen: Grimm a. a. O. I, S. 160, 327, 374 u. a.; von Fähren: ebd. I, S. 763; gewisser Handwerker: ebd. S. 785.

113) In Ansehung des Gebrauches der polizeilichen Mittel läßt sich daher auch keine strenge Scheidung zwischen der höheren Polizei und der niederen oder Gemeindepolizei feststellen, so z. B. das Postwesen weder der einen noch der anderen ausschließlich zuschreiben.

114) So wie beim Fürfang und der ihm züm Grunde liegenden Freiheit.

erhalten, die der Ausübung seiner Eigenthumsberechtigung an sich fremd ist, aber eine Thätigkeit erfordert, die derselben angehört. Die Berechtigung auf die ausschließliche Uebung dieser Thätigkeit ist daher im Wesen des Eigen begründet, wenn auch die Pflicht, dieselbe den Zwecken der höheren Polizei entsprechend auszuüben, aus der Verbindung desselben mit dem Lande entspringt. Es muß daher die Zuständigkeit der Polizei, sofern sie in den angegebenen Grenzen bleibt, gleich der Patrimonialgerichtsbarkeit als eine rein dingliche Berechtigung des Rittergutes betrachtet werden, die durch jene Beimischung mit der Gestalt eines Vorrechtes bekleidet wird. Sofern die Polizei des Eigners im Kreise seiner Eigenthumsberechtigung keiner ihm übergeordneten Vorschrift untergeordnet ist, gestalten sich ihre Vorschriften zu Mitteln der Ausübung seiner eigenen Eigenthumsberechtigung, wenn sie nicht etwa einen Stoff ergreifen, der außerhalb des Kreises dieser Ausübung liegt. Sie dürfen aber auch einen außerhalb dieses Kreises liegenden Stoff nur dann ergreifen, wenn sie Mittel für die Zwecke dieses Stoffes, nicht aber dann, wenn sie Mittel für die Ausübung jener Sondereigenthumsberechtigung des die Polizeigewalt tragenden Eigners sind. Denn jenes Ergreifen des Stoffes besteht immer in einer Beschränkung der Verfügung über denselben, die von Seiten desjenigen, dem dieser Stoff nicht angeeignet ist, nur insofern rechtmäßig ausgeübt werden kann, als sie ein Mittel für die Erreichung der Zwecke bildet, denen dieser Stoff rechtlich dienstbar ist. Sofern also polizeiliche Verfügungen des Rittergutseigners Mittel für die Ausübung seiner eigenen wirthschaftlichen oder gewerblichen Grundherrlichkeit sind, müssen sie sich auf Untersagungen von Eigenschaften in die dieser dienstbaren Stoffe beschränken, dürfen aber nie die Verfügung anderer über andere Stoffe hindern oder ihnen eine Thätigkeit für die Verwirklichung jener Mittel auferlegen. Die zwangsweise Verwirklichung der rechtlichen Vorschriften der Polizeigewalt ist ferner ihrer rechtlichen Natur nach von der zwangsweisen Verwirklichung anderer rechtlicher Ansprüche nicht verschieden und bedarf daher der richterlichen Autorität. Wenn man demnach, wie es hergebracht ist, in Beziehung auf jene Grundherrlichkeit besondere Zweige der Polizei und der Gerichtsbarkeit, namentlich eine Forst- und Jagdpolizei und eine Forst- und Jagdgerichtsbarkeit, unterscheidet, so muß ihre Zuständigkeit und beziehungsweise ihre Begrenzung, nach den angegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, so lange nicht eine andere Gestaltung derselben aus geeigneten Gründen zur rechtlichen Verwirklichung gelangt ist. Es kann demnach der Rittergutseigner z. B. nicht berechtigt sein, für die Ausübung seiner Forst- oder Jagdnutzung seinen Untersassen Leistungen aufzuerlegen[115]). Er kann ferner

115) Anders verhält sich dies mit dem Auflegen von Diensten zum Zwecke von Jagden zur Vertilgung schädlicher Thiere, wozu die Befugniß dem Landesherrn zuschreibt: Hagemann a. a. O. §. 198.

die Forst- und Jagdgerichtsbarkeit nur als Zubehör seiner Patrimonialgerichtsbarkeit[116]), oder auf den Grund einer ihm erworbenen Gemeindegerichtsbarkeit, nicht aber etwa als Forst- oder Jagdbenutzungsberechtigter üben, und ebensowenig kann seine gemeindepolizeiliche Gewalt über die Mittel des Kirchen- und Schulwesens seiner Untersassengemeinden ihm die besonderen Berechtigungen des Kirchenpatronates gewähren[117]). Abweichende Auffassungen haben ihren Grund in der Hinneigung zur Begründung jener polizeilichen und richterlichen Befugnisse auf civilrechtlichen Titeln, die das Unterthanenverhältniß der Rittergutseigner hervorgerufen hat und deren Beschränktsein in den Händen der Rittergutsbesitzer führt dahin, ihnen dieselben unter der Benennung von Hoheitsrechten ganz abzusprechen, so unter dem Namen der Forst- und Jagdhoheit[118]) oder sie ihnen nur unter der Voraussetzung besonderer Erwerbsgründe zuzugestehen, so eine von jener Hoheit verschiedene forstliche oder Wildbannsobrigkeit[119]).

Als Vorrechte der Rittergüter und beziehungsweise des Adels werden ferner genannt: Steuerfreiheit, Freiheit von Einquartirungslast, und von Zöllen, überhaupt von sog. indirecten Steuern[120]). Als Grund dieser Befreiung wird die Leistung des Ritterdienstes aufgestellt[121]). Nach einer anderen Ansicht liegt der Grund darin, daß da, wo Landstände bestanden, Prälaten, Ritterschaft und Städte das Steuerbewilligungsrecht geübt und zwar auch sofern es sich um Besteuerung ihrer Hintersassen und Angehörigen gehandelt und zu dieser Bewilligung durch Freilassen ihrer eigenen Güter von der Besteuerung gewonnen worden[122]). Insofern der Ritterdienst als eine dauernde, zur Gewerung des bestehenden Rechtszustandes dienende, Institution und die Leistung desselben als ein Beitrag zur Verwirklichung dieser Institution angesehen wird, kann nur derjenige Ritterdienst im Rechtssinne als ein solcher gelten, der vermöge einer mit diesem Rechtszustande dauernd verwachsenen Obliegenheit gegen den Träger dieses Rechtszustandes geleistet wird. Sofern diese Obliegenheit aus reinem Dienstmannenverhältnisse entspringt, ist sie vom Gutsbesitze unabhängig, und die aus ihr entspringende Befreiung gehört insofern

---

116) Hagemann a. a. O. §. 205 mit Weber a. a. O. §. 23.

117) Von einem besonderen Erwerbe machen es abhängig: Weber a. a. O. §. 31; Hagemann a. a. O. §. 187; und bisweilen ist die Befähigung zum Patronatrechte ein Vorzug der Rittergutsbesitzer, welche adligen Standes sind: Weber a. a. O. §. 40.

118) Hagemann a. a. O. §. 142, 188, 198.

119) Riccius, von der Jagdgerecht. S. 99; Weber a. a. O. §. 22; Hagemann a. a. O. §. 205.

120) Runde a. a. O. §. 413, 414 u. a.

121) Runde a. a. O. oben N. 125; Mittermaier a. a. O. §. 473, N. 5.

122) Hagemann a. a. O. §. 182.

nicht hierher, sondern zu den persönlichen Berechtigungen des Adels[123]). Sofern jene Obliegenheit indeß lehenartiger Natur ist, bildet sie eine zur Rechtsgewahrung dienende Belastung und kann daher auch ihrer Natur nach nur Befreiung von gleichartigen Belastungen gewähren. Belastungen dieser Art sind dann, wenn sie auf einem Gute ruhen[124]), Reallasten, d. h. solche, welche infolge einer Eigensgewere des Berechtigten oder einer Grundherrlichkeit desselben als ein Surrogat der Aneignung seiner Erzeugnisse geleistet werden müssen, zu welcher jene Gewere ihrer Natur nach ihrem Träger die rechtliche Ermächtigung gewährt[125]). Eine solche Last ist, sofern sie als unablösbare Belastung bestehen soll, mit dem germanischen Eigen an Grund und Boden unvereinbar, weil der Träger desselben auch selber der Träger jener Gewere ist[126]). Auch die Lehensgewere duldet sie nicht, weil sie die rechtliche Herrschaft über das Gut in demselben stofflichen Umfange wie die Eigensgewere gewährt[127]). Demnach fällt die Befreiung von der Reallast mit den Wirkungen der Gewere des Rittergutsbesitzers oder

---

123) Bürger, die edle Leute sind und dem Kaiser als solche dienen, sollen nicht gleich anderen Bürgern besteuert werden, nach Stadtr. v. Colmar v. 1293 §. 38; aber die Ministerialien der Stadt sollen die Leistungen an den Gebietsherrn und den Kaiser gleich den Bürgern tragen, nach ältest. Stadtr. v. Soest §. 53. Es finden sich ferner „könniglich geschosser und landgoben" bei Grundherren, die niedere Gerichtsbarkeit haben: Magdeb. Weisth. bei Neumann S. 250; was indeß eine Besonderheit sein kann, die solchen eigen ist, die in einem Weichbildgebiete angesessen sind: ebd. S. 187 flg.; wie denn auch in den Städten, die von der Königsteuer frei sind, der Adel, wegen seiner städtischen Güter zur Schatzung oder Losung beizutragen hat: Stadtr. v. Brünn 98, 158, 160, 170, 172, 173, 177.

124) Belastungen dieser Art sind zu unterscheiden von rechtsbelastenden Obliegenheiten, deren Erfüllung das Recht bedingt; wie diejenigen sind, welche dem Vasallen gegen den Lehenherrn oder dem Emphyteuta als rechtsgewahrende Leistungen obliegen.

125) Die verschiedenen Auffassungen der Reallast, die die heutige Doctrin kennt, sind eben nur Versuche ihrer Urheber, sich die Sache greifbar zu machen, ohne sich in den Besitz der Mittel dazu gesetzt zu haben. Daß die dieser Belastung gegenüberstehende Berechtigung von einer Gewere getragen wird, die eben nur die Eigensgewere ist, das ist für den Fall, wo der, welcher das Gut baut und dessen Erzeugnisse sich aneignet, die Belastung nicht ablösen kann, genügend bezeugt: sächs. Lehenr. 14, §. 1; Richtst. Lehenr. 29, §. 2; Richtst. Landr. 26.

126) Hagemann a. a. O. §. 182.

127) Der Besitzer des Gutes, der einer solchen Belastung unterworfen ist, kann indeß immer das Eigenthum des Grundstückes im römischen Sinne haben, und eben dadurch, daß er dieses Eigenthumsrecht hat, ohne daß das Bestehen desselben durch die Erfüllung der der Belastung entsprechenden Leistungen bedingt ist, bleibt diese Leistung neben diesem Rechte auf dem Gute ruhen. Germanisches Eigen kann aber dieser Besitzer immer nur haben, wenn diese Belastung als sog. census constitutivus constituirt ist, so daß die Gewere des Realberechtigten nicht das Gut, sondern nur den Stoff seiner Berechtigung, das ihm gebührende Surrogat der Aneignung der Erzeugnisse des Gutes, z. B. den Erbzins: Augsburg. Stadtr. v. 1276 §. 282 bei Walch, Beitr. IV, S. 382; Hamburg. Stadtr. v. 1270 II, 1, ergreift.

der Rittergewere zusammen, oder, wie man es auch ausgedrückt hat, mit der Freiheit des Rittergutsbesitzers von der Patrimonialabhängigkeit zum Landesherrn[128]). Ein gleiches Zusammenfallen in Ansehung der vorgedachten Vorrechte folgt daraus aber nur dann, wenn der Gegenstand der befreienden Wirkung eine Reallast ist. Um dies zu beurtheilen, muß in Erwägung gezogen werden, daß die Leistung zu öffentlichen Zwecken insoweit, als das Gebiet dieser Zwecke in den Kreis des landesherrlichen oder eines anderen, Sonderberechtigung, hinübergezogen ist, den rechtlichen Charakter der Steuer abstreift, und daß anderentheils der einer Reallast unterworfene Stoff kein geographisch abgegrenztes Sondergrundstück zu sein braucht, da solche Grenzen für die rechtliche Natur der Verhältnisse ganz gleichgiltig sind, vielmehr jeder Ansiedelzustand, auch die bloße Wohnung, und jede Theilnahme an einem Ansiedelzustande, z. B. durch Geschäftsbetrieb in einer Oertlichkeit, durch Benutzung von Wegen u. s. w. zum Reisen, ein einer Reallast unterworfener Stoff sein kann[129]). Insoweit und so lange demnach das germanisch-monarchische Princip der Landesherrlichkeit die Trägerschaft der Berechtigung auf solche Leistungen beherrscht hat, kann überall von einer Steuer, sei sie directe oder, wie der Zoll, Stempel, eine indirecte, im Rechtssinne nicht die Rede sein, und jene Steuerbefreiungen lösen sich daher insoweit in Befreiungen von Reallasten auf[130]). Dasselbe gilt dann auch von der Einquartirungslast, sofern sie als eine Leistung an den Landesherrn anzusehen ist, nämlich insofern es sich um eine Bequartirung durch dessen Truppen handelt[131]) Derselbe Gesichtspunkt entscheidet auch in Ansehung der Belastung mit Diensten für die Zwecke des Landesherrn, namentlich auch in Ansehung der Fuhren, die zum Zwecke der Beförderung seiner Diener und Truppen, zum Transporte ihrer Bedürfnisse und ihres Materials geleistet werden[132]). Ob nun der Rittergutsbesitzer auch dann, wenn er außerhalb

---

128) Nämlich beim rechten Lehen, dem Ritterlehen, bei dem nur die Berechtigung des Vasallen, die Gutsträgerschaft, mit rechtsgewahrender Leistung belastet ist, durch welche das Gut verdient werden muß.

129) Es ist ein bloßes Romanisiren, wenn man nur den Besitzer eines Grundstückes einer Reallast unterwerfen will, und überdies ein Romanisiren, welches sich blos dem Formalismus und nicht dem Wesen des römischen Rechtes anschließt.

130) Die Vernachlässigung des Begriffes der geschichtlichen Landesherrlichkeit (s. den Art. Hoheitsrechte Bd. V, S. 327) hat die literarischen Erzeugnisse über diesen Gegenstand mit mancherlei Verwirrungen angefüllt.

131) So mecklenburg. Erblandesvergleich v. 1755 §. 310, 311. Bequartirung durch feindliche Truppen muß als zufällige Beschädigung, und eine Auflage zur desfallsigen Entschädigung als Steuer betrachtet werden; vgl. Hagemann a. a. O. §. 184, der dies auch auf verbündete Truppen für Kriegszeiten ausdehnt.

132) Hagemann a. a. O. §. 184. Die Befreiung vom Servis, d. h. von der Verabreichung von Licht, Feuerung, Kochgeschirr und Salz und Pfeffer, fällt mit der Befreiung von der Bequartirung zusammen.

der geographischen Grenzen seines Rittergutes einen ansiedelgenossenschaftlichen Stoff ergreift, jene Befreiungen auf den Grund seines Gutsbesitzes in Anspruch nehmen kann, das muß davon abhängen, ob seine derartige Thätigkeit als eine in der Natur seines rittermäßigen Gutsansiedelzustandes liegende Ausdehnung desselben über jene geographischen Grenzen hinaus angesehen werden kann. Dieser Auffassung entsprechend würde die Zollbefreiung auf den Transport der Erzeugnisse und Bedürfnisse der Gutsbewirthschaftung beschränkt werden müssen. Zuweilen ist sie in dieser Weise gestattet[133]). Ursprünglich scheint indeß die Befreiung auf die Bedürfnisse der Haushaltung beschränkt[134]) und demnach als eine persönliche der Ritter oder des Adels[135]) angesehen zu sein. Sofern sie auch auf die Bedürfnisse einer anderswo fixirten Haushaltung erstreckt ist oder jene gesammten Befreiungen auch auf die sog. adligen Häuser in den Städten gehen[136]), kann dies bald auf jener Auffassung, bald auch auf der persönlichen Bevorrechtigung des Adels beruhen. Als eine gemischte kann sie ihrer Natur nach indeß nicht betrachtet werden, und sofern sie sich auf das Gut bezieht, nur mit dem dinglichen Charakter bekleidet sein.

Solche Abgaben indeß, welche zur Erreichung eines der Bewohnerschaft des Landes oder der Genossen des Ritterstandes desselben gemeinsamen Zweckes oder zur Tragung einer derselben gemeinsam gewordenen Last dienen, können von jenen Befreiungen ihrer Natur nach nicht ergriffen werden. Sie nehmen den Charakter der Steuer an. Als ein Zweck jener Art stellt sich auch das Bestehen der landesherrlichen Gewalt dann dar, wenn die Rechtsanschauung zur Geltung gelangt, daß dasselbe die Grundlage des gemeinsamen Rechtszustandes bilde; eine Rechtsanschauung, deren Eindruck schon durch die Vorstellung des Vereintseins unter einem gemeinsamen Herrn hervorgerufen wird. Es haben auch die Rittergutsbesitzer eines Landes gegen den Landesherrn infolge sog. Beden nicht blos zuweilen einzelne Leistungen zu Zwecken der Landesherrlichkeit gemacht[137]), sondern auch die Obliegenheit dazu dauernd, zuweilen unter dem Namen der Contribu-

133) So in Holstein. Vgl. Paulsen, Holstein. Privatr. S. 54; Braunschweig und Brandenburg: Riccius a. a. O. S. 439 flg. Ueber Sachsen: ebd. S. 424, 438. Leyser l. c. §. 38 u. Haubold a. a. O. §. 391. Als den häufigeren Fall sieht dies an: Hagemann a. a. O. §. 185; nimmt auch consequent den Transport der Erzeugnisse, die auf dem Gute an andere verkauft sind, von der Befreiung aus; nicht aber d. mecklenb. Erblandesvergl. v. 1755 §. 286.

134) So österr. Landr. 78 oder 55 a. a. O. S. 263.

135) Schrader a. a. O. §. 84; und der Geistlichkeit, das sich auch auf deren Gesinde erstreckt: sächs. Landr. II, 27, §. 2.

136) So in Ansehung der Einquartirungsfreiheit: Reichsabschied v. 1641 §. 27, 28, in der N. Samml. d. Reichsabsch. III, S. 557; vgl. auch oben N. 123.

137) Daß Ritter und Landschaft nur mittelst eigener Bewilligung Abgaben an den Landesherrn unterworfen werden können, wird noch im 17. Jahrhundert zuweilen anerkannt: Riccius a. a. O. S. 401.

tion[138]) in der Gestalt einer Abgabe von ihren Gütern übernommen[139]). Ein Aufgeben der Eigenschaft ihrer Güter als germanischen, von den aus der Landesherrlichkeit entspringenden Reallasten befreietem Eigen, könnte darin nur dann gefunden werden, wenn sich nachweisen ließe, daß diese Abgaben als Reallasten constituirt worden. Dieser Nachweis ist aber jedenfalls ausgeschlossen für die Zeit, in welcher die Institution des Ritterdienstes fortbestand. Denn jene Eigenschaft des germanischen Eigen mußte durch sie jedem Gute erhalten bleiben, von dem dieser Dienst in seiner Eigenschaft als gewerender Reichsdienst geleistet wurde.

Der Ritterdienst wird seit zwei Jahrhunderten nicht mehr geleistet[140]). Zuweilen ist statt desselben ein Surrogat in einer Abgabe an den Landesherrn unter dem Namen der Ritterpferde eingeführt[141]). Sofern dies nicht der Fall, kann die Nichtleistung des Dienstes keine Aufhebung der auf den Grund derselben erworbenen Berechtigung der Rittergüter nach sich ziehen. Denn die Leistung konnte nur so lange ein Erforderniß der Gewerung dieser Berechtigungen sein, als der Ritterdienst als rechtliche Institution bestand[142]). Als solcher ist er aber durch die stehenden Heere, vermittelst welcher der Landesherr mit eigenen Mitteln den Zweck dieser Institution verwirklicht, untergegangen. Es kann indeß diese Befreiung immer nur solche Lasten ergreifen, die in Ansehung der Unterthanen den Charakter der Reallasten haben[143]); nicht aber diejenigen, denen rechtlich die Natur der Steuern beiwohnt[144]). Seit dem 17. Jahrhunderte haben auch die Reichsgesetze die Obliegenheit der Landsassen und Landstände ausgesprochen, dem Beitrage zu der Unterhaltung von Festungen[145]) und zu Reichs=

138) So in Holstein seit 1643, wo diese Contribution von der außerordentlicherweise bewilligten Landeshilfe unterschieden wird: Schrader: Lehrb. des schleswig=holsteinischen Rechtes §. 69, 83. Auch die den Adel zuweilen treffende Prinzessinsteuer, ebd., läßt sich als eigentliche Steuer betrachten, von dem Standpunkte aus, daß eine angemessene Aussteuer die Erhaltung des landesherrlichen Ansehens bezweckt.

139) Wogegen sich denn die Zusicherung der Befreiung von anderen Belastungen findet: mecklenb. Erblandesvergleich v. 1755 §. 9.

140) Eichhorn, Einleit. in d. teutsche Privatr. §. 214; d. St. u. R. G. §. 595.

141) Riccius a. a. O. S. 402 mit S. 386. Weber a. a. O. §. 18.

142) Daß der Lehensherr die Adäration des Lehendienstes wider Willen des Vasallen nicht fordern kann: Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 214, beruht auf gleichem Grunde.

143) Die Lasten, von denen der schleswig=holsteinische Adel durch die später wiederholt bestätigten Privilegien v. J. 1422 befreit erklärt wurde, waren: Zehnten, Grafenschaft, Burgwehre, Zölle: Schrader a. a. O.

144) Auf Steuern und Abgaben, welche zum Behufe der gewöhnlichen Staatslasten und des ordentlichen Territorialregierungsaufwandes aufgebracht werden, beschränkt die Befreiung: Hagemann a. a. O. §. 183.

145) J. R. A. §. 180.

steuern[146]) sich nicht zu entziehen. Sofern die neueren constitutionellen Einrichtungen eine von dem landesherrlichen Gute abgesonderte Landeskasse hervorgerufen haben, nämlich ein Gut, welches die Bestimmung hat, denjenigen Aufwand zu bestreiten, der durch Beiträge der Glieder der Unterthanenschaft zum Zwecke der Landesregierung zu decken ist, ist in Ansehung der Verfolgung dieser Zwecke durch Abgaben das Verschlossensein der Oeffentlichkeit in Beziehung auf die Genossenschaft der Unterthanen aufgehoben und die dem Begriffe eines Gemeinwesens entsprechende Oeffentlichkeit hergestellt. Die Beiträge der Unterthanen zu dieser Landeskasse haben daher die rechtliche Natur der Steuern. Zu ihnen sind daher auch die Rittergutsbesitzer beitragpflichtig, mögen sie nun ein Aequivalent des ehemaligen Ritterdienstes leisten oder nicht, und in Ansehung ihrer erscheint der Grundsatz[147]) gerechtfertigt, daß das Befreitsein jener Güter von Abgaben einer besonderen Begründung durch Landesgesetze bedürfe.

Eine häufige Eigenschaft der Rittergüter ist ein sog. privilegirter Gerichtsstand, oder das Befreitsein von der Gerichtsbarkeit der landesherrlichen Aemter. Sie fehlt indeß manchen, die man amtssässige nennt, während man die übrigen als schriftsässige oder canzleischriftsässige bezeichnet[148]). Sofern diese Lehengüter sind und es sich um deren rechtliche Zuständigkeit handelt, folgt diese Befreiung aus der Lehensgerichtsbarkeit[149]). In Ansehung allodialer Güter findet sie in demselben Umfange ihre geschichtliche Erklärung in der ausschließlichen Zuständigkeit des Grafengerichtes in Ansehung der Streitigkeiten über Grundeigen[150]), indem die landesherrlichen Justizämter fast immer nur aus untergeordneteren Gerichten hervorgegangen sind, namentlich denen der Schultheißen und der Meier und Keller der Höfe, auf denen eine Herrlichkeit ruhte[151]). Sofern sie aber sich weiter erstreckt und nicht als eine persönliche[152]) Befreiung betrachtet werden kann, erklärt sie sich nur aus dem Abgesondertsein der Rittergüter von jeder Gemeindeverbindung, mit Ausnahme derjenigen, welche ein ganzes Land umfaßte. Die Amtssässigkeit kann dann, abgesehen von besonderen Entziehungen, bald daher rühren, daß ein Grafengericht ausnahmsweise in ein Justizamt oder eine gleichstehende Gerichtsstelle verwandelt

---

146) Wahlcapit. Leopold's u. Joseph's a. 3. Karl VI. a. 15 bei Riccius a. a. O. S. 400.

147) Mittermaier, Grundſ. d. teutschen Privatr. §. 475 a. E. Das Gegentheil wird noch behauptet bei Leyser l. c. §. 33. Auf Herkommen und Verfassung jedes Landes verweist: Hagemann a. a. O. §. 184.

148) Riccius a. a. O. S. 381 flg.

149) Brackenhöft, Erörter. zu Linde's Lehrb. S. 260, 261.

150) Ebd. S. 163, N. 8.

151) Ebd. S. 172—174, N. 14.

152) In welcher Gestalt sie sich ebenfalls beim Adel zu finden pflegt: Runde a. a. O. §. 394 u. a.

worden[153]) oder die Gerichtsbarkeit des Grafengerichtes an sich gezogen[154]); bald daher, daß von Gütern, die in einer Hofverbindung standen, Reiterdienst geleistet wurde, welcher in Ansehung der Befreiung von realen Lasten gleiche Wirkung mit dem eigentlichen Ritterdienste äußerte[155]). Insofern indeß der Besitzer eines Rittergutes für seine Person einem anderen Gerichtsstande unterworfen ist oder die Regeln der Competenz die Zuständigkeit eines anderen Gerichtsstandes, als den der Belegenheit des Rittergutes, begründen, kann diese Befreiung nur in Ansehung dinglicher Klagen, die das Gut betreffen, und solcher, die dessen Besitz zum Gegenstande haben, gerechtfertigt werden[156]). Insoweit ist dieser Gerichtsstand eine dingliche Berechtigung und ferner auch insofern, als er als ein Gerichtsstand des Domicils aufgefaßt werden kann, wie es dann der Fall ist, wenn das Domicil das gesammte Rittergut als einen einheitlichen Ansiedel umfaßt, nämlich dann, wenn dieses Gut, der Herrensitz, den alleinigen oder doch den herrschenden Theil des gesammten Rittergebietes bildet[157]).

Die Unmittelbarkeit des Ritteransiedels im Verhältnisse zu dem landesherrlichen Ansiedel, welche seine Befreiung von der Amtsgerichtsbarkeit mit sich führt, begründet auch die Theilnahme seines Inhabers an den landständischen Verhandlungen, sobald die Landtage, welche sie bilden, die Bedeutung einer Versammlung aller derjenigen haben, die

153) Wie dies in Ansehung der bayerischen Landgerichte der Fall zu sein scheint: vgl. Anm. zu Cod. iur. Bav. iud. cap. I. §. 21. sub a., von denen indeß der Adel Exemtion erlangt hat.

154) So, wo die Justizämter die höhere Strafgerichtsbarkeit auch über Rittergüter üben, denen ungeachtet der Schriftsässigkeit diese fehlt, so in Sachsen: Riccius a. a. O. S. 382.

155) Dienstgut landesherrlicher Ministerialien, die nicht vom Reiche dem Landesherrn zum Lehen gegeben waren, die ein Herr sich mit seinem eigenen Gute erkauft hatte, und deren Dienst kein Reichsdienst war: oben N. 20. Daß in vielen Fällen, wo von landesherrlichen Ministerialien die Rede ist, dieselben den Reichsdienstmannen vollkommen gleichstehen: Scheidt a. a. O. S. 158 flg. erklärt sich, wenn sie gelehente Reichsdienstmannen sind. Daß aber nicht jeder Ministerial eines Landesherrn auch zugleich ein Reichsministerial oder dessen Ministerial von des Reiches wegen: Rechte des Landes Blankenburg v. 1457 bei Grimm, Weisth. Bd. III, 19—21, war, zeigt sich darin, daß bei der Verwandlung des Herzogthums Braunschweig in ein Reichslehen, den herzoglichen Ministerialien der Stand kaiserlicher Ministerialien eingeräumt wurde: Pertz LL. II. 319. Ministerialien aber, denen dieser Stand fehlte, mußten diejenigen sein, die einer Hofgenossenschaft angehörten, so z. B. Grimm, Weisth. Bd. I, S. 798, wenn nicht etwa das Gelangen des Herrn zur Landesherrlichkeit ihre Verschiedenheit von anderen Ministerialien wieder verwischte.

156) So z. B. wenn ein Stadtbürger Eigner eines Rittergutes ist, ohne auf demselben ein Domicil begründet zu haben.

157) Letzteres ist dann der Fall, wenn die grund- und gutsherrlichen Rechte als Zubehörungen des Herrensitzes gedacht werden. Im derartigen Falle kann das Domicil auf dem Herrnsitze keinen anderen Gerichtsstand begründen, als den, dem das Gut selber unterworfen ist. Im entgegengesetzten Falle muß es gleiche Unterwürfigkeit, wie die jedes Gutsuntergehörigen, unter die gutsherrliche Gerichtsbarkeit bewirken.

im Lande angesiedelt sind, ohne in einer anderen Genossenschaft angesiedelt zu sein, als derjenigen, die durch die Gesammtheit der Ansiedler des Landes gebildet wird. Denn der Landtag, als die landesherrliche Versammlung der Ansiedler des Landes, kann nur diejenigen ausschließen, die aus der unmittelbaren Verbindung mit dem Landesherrn verdrängt sind, und die Bedeutung einer solchen Versammlung kann den Landtagen der vorconstitutionellen teutschen Zustände nicht abgesprochen werden, da sie ihrem Begriffe nach diejenige Gesammtheit umfassen mußten, die dem Landesherrn gegenüber als das Land in der subjectiven Bedeutung oder die Landschaft[158]) sich darstellte[159]). Der Besuch der Hoftage des Fürsten des Landes war im Mittelalter eine Pflicht der Edelleute[160]), der Grafen, Freien, und der Dienstmannen wenigstens dann, wenn sie Güter im Lande hatten, die Burgen[161]) und Städte waren[162]). Diese Obliegenheit, verbunden mit der Obliegenheit die Landgerichte oder „Landtaidinge" des Fürsten, die dreimal jährlich zu halten waren[163]), zu besuchen, war einestheils ein Anhaltepunkt für ihre Unterwürfigkeit unter den Fürsten und die Mittelbarkeit ihres Verhältnisses zum Reiche, vermittelte aber auch andererseits das Abgesondertsein derselben und ihrer Ansiedelungen von der Genossenschaft in untergeordneten Gerichtsgemeinden und die Unmittelbarkeit ihres Verhältnisses zum Landesfürsten und den Zustand freier, mit dem Lande dauernd verbundener Landsassen wie sie im alten österreichischen Landrechte genannt werden, oder Landherren, die dem Herrn des Landes als dessen Untergenossen mit rechtlich unentziehbaren Berechtigungen zur Seite standen[164]). Als nach der Feststellung dieser Verhältnisse und veränderter Organisation der Ausübung der landesherrlichen Gewalt diese Obliegenheit[165]) unterging, blieb die damit verknüpfte

---

158) Sie den Art. Landstände Bd. VI, S. 805 flg.

159) Ueber den repräsentativen Charakter der Stände: ebd. S. 819 flg.

160) Verm. Sachsensp. VI, 22.

161) Gewiß hatte nicht jeder Ritter eine Burg auf seinem Rittersitze, sondern wird noch im 14. Jahrhunderte, wo man nur in den Städten mit Steinen zu bauen pflegte, oft nur ein hölzernes Haus bewohnt haben: v. Sachsensp. I, 9, 6, 7, mit sächs. Landr. I, 20, §. 1. Nur wer 30 Pfunde Grundeinkünfte in der Gegend hat, darf die Erlaubniß zum Burgbau erhalten: österr. Landr. 37 a. a. O. 236, und der Landherr welcher nur 20 Pfunde solcher Einkünfte hat, muß Ritterdienst leisten, und selbst wenn er nur 15 Pfunde solchen Einkommens hat, soll er einen Hengst mit Geschirr oder Waffe ohne Mann stellen: ebd. 49, S. 240.

162) Schwäb. Landr. 139.

163) Schwäb. Landr. 135, 358. Legenda Bonif. II. 8. bei Menken, scriptt. I. 846. In jedem Monate, gleich dem Könige, einmal: Const. Henrici VII. a. 1234 bei Pertz LL. II. 301 und je über sechs Wochen nach österr. Landr. a. a. O. S. 213.

164) Eichhorn, teutsche St. u. R. G. §. 423.

165) Sie bestand noch nach der gothaischen Landesordnung (v. 1556, neu aufgerichtet 1720) und nach dem Gandersheimischen Landtagsabschiede (v. 1601) in Braunschw. Lüneburg Cellischen Antheiles: Riccius a. a. O. S. 394 flg.

Berechtigung der einzelnen Glieder der Landschaft, an deren Verhandlungen auf den Landtagen berathend und stimmgebend theilzunehmen[166]) und die der Gesammtheit der Landschaft Widerspruch gegen landesherrliche Eingriffe in ihre Ansiedelzustände zu erheben[167]), bestehen[168]). Das Gewertsein dieser Berechtigung konnte aber durch Mangel an Uebung untergehen[169]), wenn entweder der Landesherr keine Veranlassung zu solchem Widerspruche gab oder es an Mitteln zur Ausführung desselben fehlte, indem der Landesherr die erforderliche[170]) Berufung des Landtages unterließ[171]) und damit den einzelnen Ständen den Weg zur Vereinigung verschloß[172]). Die Eigenschaft dieser Berechtigung als einer Berechtigung des gesammten Landes, mußte den Einzelnen von dieser Ausübung verdrängen, sofern er nicht etwa eine Gesammtgewere für dieselbe trug, die wiederum eine Genossenschaftlichkeit voraussetzte, die im Falle gleicher Theilhaberschaft aller an jener Uebung jedem zustehen und die Berechtigung als ein Gut der Mehrheit darstellen mußte. Der Ausbildung einer solchen Gesammtgewere[173]) dem Landesherrn gegenüber, stand aber schon der Umstand entgegen, daß die Gewere am ganzen Lande dem Landesherrn zustand, und er in Beziehung auf die Ansiedelzustände ebenfalls ein Genosse, wenn auch ein Uebergenosse war; so daß die Unterordnung unter ihn als das einzige Mittel dastand, welches sie miteinander verknüpfte[174]). Es hing also der genossenschaftliche Zustand jener Landsassen in Beziehung auf jene Berechtigung davon ab, inwiefern sie eine stillschweigende oder ausdrückliche Anerkennung des Landesherrn für ihr Zusammenwirken in Ansehung derselben erlangten, womit dann, vermöge der Befähigung des Landesherrn zur gesetzgebenden Thätigkeit, die Erfordernisse der juridischen

---

166) Weber a. a. O. §. 24, Zif. 3. Hüllmann, Gesch. d. Ursprunges der Stände S. 641. Deren Nichtausübung von Seiten Einzelner indeß der verbindenden Kraft der Beschlüsse der Gesammtheit für jeden Einzelnen keinen Eintrag thut: Hagemann a. a. O. §. 186.

167) Eichhorn, teutsche St. u. R. G. §. 427.

168) Die in der Abhängigkeit von ihrem Rathe: Hüllmann, Ursprung der Stände S. 271 flg., ein Mittel der Verwirklichung fand. Zuweilen bildete das bloße Rathgeben die Regel, so in Schleswig und Holstein, wo nur zur Besteuerung und zum Kriege eigentliche Einwilligung der Stände erforderlich war: Falck, Hdbch. des schlesw.-holst. Privatr. II, §. 52 flg.

169) Beispiel der Wiederherstellung bei Riccius a. a. O. S. 395 flg.

170) Riccius a. a. O. S. 398. Ueber anderweitiges Zusammentreffen derselben ohne Berufung des Landesherrn: Eichhorn a. a. O. §. 427.

171) So in Schleswig und Holstein seit d. J. 1712.

172) Wenn er ihrer positiven Mitwirkung nicht bedurfte. Ein Bedürfniß dazu trat indeß bei der Besteuerung auch dann ein, wenn sie nur die Untersassen der Stände traf und der Landesherr sie als eine Berechtigung ausübte, eine Ausübungsart, der die Bezeichnung der Steuer als Bede (petitio) keinesweges entgegensteht: dipl. a. 1183 bei Bodmann, rheing. Alterth. S. 782, 783.

173) Vermöge welcher jeder als Vertreter aller zu handeln befähigt gewesen wäre, wie dies beim Gesammteigenthum der Fall ist.

174) Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 423.

Persönlichkeit der Mehrzahl hergestellt waren, und sie sich der romanisirenden Rechtsanschauung als eine Corporation darstellte[175]). Die Corporation, ihre Berechtigungen, die Berechtigungen ihrer Glieder, erhielten dann zuweilen, theilweise oder ganz, eine landesherrliche Beurkundung in sog. Privilegien, Landesrechten, Ritterrechten[176]). Die Mitgliedschaft in der Corporation hing dann beziehungsweise von der Reception in die Corporation ab[177]), oder, sofern sie vom Besitze eines Gutes abhängig war, von dessen Aufnahme in die Matrikel der Rittergüter des Landes[178]). So entstanden immatriculirte Rittergüter und recipirte Ritter des Landes. In Ansehung der Theilnahme an den Landtagen wurde indeß eine Abhängigkeit von besonderen persönlichen Eigenschaften, z. B. vom alten Adel[179]) von der Angehörigkeit zum einheimischen Adel des Landes[180]), zuweilen herrschend. So konnte die ihrer historischen Wurzel nach dingliche[181]) Landtagsfähigkeit sich hie und da als eine gemischte Berechtigung gestalten[182]) oder selbst als eine persönliche betrachtet werden[183]). Das Abgeschlossensein des Kreises der Rittergüter verwies andere Güter, die deren Berechtigungen, mit Ausnahme derer, die von der Aufnahme in jenen Kreis abhingen, theilten oder ähnliche Berechtigungen in sich trugen, in eine besondere Klasse, die zuweilen nach dem mit ihnen verbundenen Gerichtsstande vor dem Landesherrn oder seiner Canzlei[184]), den Namen der Canzleigüter führen[185]).

Ein Theil der Ritterschaft vermochte der Uebergenossenschaft von Landesherren sich zu entziehen, beziehungsweise sie von sich abzuwehren. Die Länder, in denen die Sitze dieser Ritterschaft lagen, hat man auch mittelbare oder ungeschlossene genannt[186]). Sie bildete zur Zeit des teutschen Reiches die unmittelbare Reichsritterschaft, die vermöge reichs-

175) So Corps der schlesw.-holst. Prälaten und Ritterschaft. Vgl. auch Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 423.

176) Vgl. oben N. 26, 27. Ueber den gewöhnlichen Inhalt derselben: Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 427.

177) So durch einen Beschluß der Corporation, die auch landesherrliche Genehmigung erfordern kann, z. B. in Schleswig-Holstein nach einer königlichen Resolution v. 5. Juni 1809.

178) Runde a. a. O. §. 412.

179) So in (dem ehem. Kur-)Sachsen: Weber a. a. O. §. 41 mit Riccius a. a. O. S. 356 flg.

180) Nur solcher erschien auf den Landtagen in Schleswig und Holstein: Schrader a. a. O. §. 61.

181) Weber a. a. O. §. 24. A. M. Hagemann a. a. O. §. 186, nach dem es aber ein rein dingliches geworden ist.

182) Runde a. a. O. §. 412. Weber a. a. O. §. 24.

183) So in Beziehung auf Schleswig und Holstein: Schrader a. a. O.

184) Brackenhöft a. a. O. S. 179, N. 27.

185) Verschieden von canzleisässigen Grundstücken, die sich blos durch den besonderen Gerichtsstand auszeichnen: vgl. Falck's staatsbürg. Mag. II, S. 102.

186) Franken, Schwaben, das Rheinland, die Wetterau, und vor der Vereinigung mit Frankreich (1684) auch der Elsaß: Riccius a. a. O. S. 374 flg.

gesetzlicher Anerkennung, in ähnlicher Weise wie landsässige Ritterschaften, eine Corporation war[187]), die sich wiederum in Kreise und Cantone abtheilte[188]). Der Ansiedelzustand eines Reichsritters hing ab von seiner Freiheit von Landesherrlichkeit und von seiner Aufnahme in jene Corporation[189]). Diese Verbindung trennte die Einzelnen von der übrigen Genossenschaft der Reichsglieder, welche die Reichsstandschaft trug, ohne daß die Corporation als solche zur Reichsstandschaft gelangte, und stellte die Ausübung ihrer Herrlichkeit über ihre Grundgebiete in eine Abhängigkeit, die der Landesherrlichkeit der Reichsstände fern blieb, die aber das Wesen einer Landesherrlichkeit, welches sich in ihren Händen entwickelte[190]), bestehen ließ[191]). Erst mit der Auflösung des teutschen Reiches und der infolge derselben eingetretenen Mediatisirung ihrer Ansiedelzustände trat eine solche Entziehung ein, die sie zu einer besonderen Art der landsässigen Rittergüter umgestaltete. Die Berechtigungen, die ihnen gegenüber der Landesherrlichkeit, welcher sie unterworfen worden sind, zustehen, sind durch die teutsche Bundesacte als Standesberechtigungen derselben festgestellt, wodurch ihnen der Charakter der gemischten Vorrechte aufgeprägt ist. Sofern sie ihre Grundbesitzungen betreffen, bestehen sie in Theilnahme an der Landstandschaft, in Patrimonial- und Forstgerichtsbarkeit, Ortspolizei, Kirchenpatronat und einem privilegirten Gerichtsstande[192]). Dahingegen sind in gleicher Eigenschaft Strafgerichtsbarkeit, sofern sie nicht zur Patrimonialgerichtsbarkeit gehört, Gerichtsbarkeit in zweiter Instanz, Aufsicht in Kirchen- und Schulsachen und über milde Stiftungen, den Mediatisirten für ihre Besitzungen nur zugesichert, sofern sie Stände des teutschen Reiches gewesen, eine Eigenschaft, die sie in die Klasse der Standesherren versetzt[193]). Den übrigen dem germanischen Grundeigen angehörigen

187) Gönner, teutsches Staatsr. §. 266.

188) Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 539. Grimm a. a. O. §. 268.

189) Gönner, teutsches Staatsr. §. 265.

190) Der Mangel des Blutbannes: oben N. 88, wurde durch kaiserliche Verleihungen gehoben, und Beschränkungen in Ansehung der Besteuerungsberechtigung und durch einzelne Berechtigungen von Reichsständen, die man als servitutes iuris publici betrachtete: Eichhorn a. a. O. §. 539, konnte darin nichts ändern.

191) Denn die Unterwürfigkeit unter die Beschlüsse der Corporation beruhte auf der autonomischen Einwilligung; Gönner a. a. O. §. 272, und der Mangel der Reichsstandschaft und ihr Unterthanenverhältniß zum Kaiser: Gönner a. a. O. §. 266, beeinträchtigte das Wesen der Landesherrlichkeit deshalb nicht, weil es nicht erfordert, daß ihr Träger Reichsstand oder Souverän sei.

192) Teutsche Bundesacte Art. 14. Daß der privilegirte Gerichtsstand, obgleich er als persönlicher ertheilt, in Beziehung auf die dinglichen Berechtigungen des Grundbesitzthums doch als befreiungsmäßiger Gerichtsstand der Sache wirken wird, erscheint in dem örtlichen Charakter der Gerichtsbarkeit über Grundbesitzthum in den teutschen Zuständen begründet: Brackenhöft, Erört. zu Linde's Lehrb. d. Proc. S. 258, N. 3.

193) Teutsche Bundesacte a. a. O.

Berechtigungen, die vor der Mediatisirung mit ihren Grundbesitzungen verbunden waren, ist demnach der rein dingliche Charakter derselben nicht entzogen und noch weniger ist durch die Mediatisirung ein Verlust derselben eingetreten, der nur durch eine Unterwerfung unter die nutzbaren Regalien des Landesherrn oder durch Begründung von Reallasten hätte vermittelt werden können; Wirkungen, die mit der bloßen Mediatisirung als solcher nicht verbunden sind[194]).

Die Landstandschaft der älteren Zeit hat indeß durch die neueren constitutionellen Einrichtungen ihren Untergang gefunden, indem zu ihrer Ständeversammlung nicht mehr die Untergenossenschaft des Landesherrn, sondern vielmehr die ihm gegenüberstehende Unterthanengesammtheit in einer Vertreterschaft derselben berufen wird, um ihre gesetzbegründende Thätigkeit mit der gesetzgebenden Thätigkeit des Landesherrn zur Ergänzung derselben zu vereinen[195]). Die Theilnahme des Rittergutsbesitzes an dieser landständischen Thätigkeit kann als eine dem Rittergute als solchem anhängende Berechtigung nur dann betrachtet werden, wenn die Voraussetzungen für dieselbe mit Rücksicht auf die Zuständigkeit des Rittergutes eine eigenthümliche Gestaltung empfangen haben. Dies pflegt jedoch nur in mittelbarer Weise stattzufinden, nämlich insofern, daß die Rittergutsbesitzer des Landes einen besonderen Kreis in Ansehung der Ausübung der Wahlberechtigung für die Verwirklichung jener Vertreterschaft bilden[196]), die auch in dieser Beziehung keine rechtliche Verschiedenheit ihrer Stellung von der der übrigen Unterthanengesammtheit herbeiführt[197]). Standesherren ist indeß eine solche Verschiedenheit zu

---

194) Weshalb auch eine besondere Zusicherung derselben in der Bundesacte für unnöthig gehalten sein muß.

195) Die neuen Stände sind in der Gesammtheit der Ständeversammlung das Organ der landesherrlichen Gewalt (siehe den Art. Landstände Bd. V, S. 888), während die alte landständische Versammlung das Vereinigungsmittel der neben dem Landesherrn stehenden Sonderberechtigten ist. In jener geht die Sonderrechtsträgerschaft der Unterthanen unter, in dieser nicht. Dies der Kern der Verschiedenheit.

196) So in der Wahl von Abgeordneten zur zweiten Kammer: bayer. Verf. Urk. v. 26. Mai 1818 §. 9; Großh. hessische Verf. Urk. v. 17. Dec. 1820 Art. 53. Die Beschränkung der Wählbarkeit auf Genossen der Ritterschaft (s. den Art. Landstände Bd. VI, S. 877) gehört indeß nicht hierher, sondern berührt nur die Organisation der Ständeversammlung durch eine Feststellung ihrer Elemente.

197) Die Wahl von Abgeordneten für die erste Kammer auf Lebenszeit aus der Ritterschaft, theils durch diese, theils durch den König: kgl. sächs. Verf. Urk. v. 4. Sept. 1831 Art. 53, oder von zeitweiligen Abgeordneten der Ritterschaft zur ersten Kammer durch die Ritterschaft: Nassauer Patent v. 3./4. Nov. 1815; hannöv. Landesverf. Ges. §. 84, oder der Grundherren durch diese: badische Verf. Urk. v. 22. Aug. 1818 §. 27, ist eine Versetzung eines moralisch gestatteten Elementes in das aristokratische Element der ersten Kammer. Eine Zusammensetzung beider Elemente findet sich überall, wo gewählte und ungewählte Mitglieder durch gemeinsame Abstimmung beschließen.

Theil geworden, mittelst der Unabhängigkeit ihrer Theilnahme an jener Thätigkeit von einer Wahl zu vertretenden Genossen; eine Unabhängigkeit, die ihr Vertreterverhältniß mit dem Charakter einer Sonderberechtigung bekleidet, den es mit der alten Landstandschaft theilt. Das aristokratische Element der constitutionellen Vertretung, welches in der ersten Kammer fungirt, ist das diesem Charakter entsprechende Gebiet, und die Mitgliedschaft der Standesherren in dieser Kammer [198]) steht daher mit ihm in Uebereinstimmung.

Nachtrag.

Rath und Empfehlung [1]). Ein Rath (consilium) wird dem Anderen ertheilt, wenn man ihm zu erkennen giebt, was man für ihn und in seiner Lage für das Vortheilhafteste halte und man selbst an seiner Stelle thun würde [2]). Eine Empfehlung (commendatio) ist das Anrühmen der guten Eigenschaften einer Person oder Sache in der Absicht, den Anderen, welchem man diese anrühmt, zu etwas zu bestimmen [3]). Beide erzeugen regelmäßig keine besondere Verpflichtung. Der Rathempfänger ist weder zur Befolgung des ihm ertheilten Rathes verbunden, noch der Rathgeber ihn zu entschädigen verpflichtet, wenn der befolgte Rath nicht von dem gewünschten Erfolge begleitet war [4]). Eine Ausnahme, worüber allgemeine Uebereinstimmung herrscht, macht der Fall des dolus sowohl bei dem Rathe [5]) als bei der Empfehlung [6]), und es findet in diesem Falle die actio de dolo auf Entschädigung statt. Inwiefern außer diesem Falle des dolus unter Umständen aus dem Rathe und der ihm gleichstehenden Empfehlung Verantwortlichkeit für den Rathgeber und den Empfehlenden entstehe, ist in Betracht der hier in Frage kommenden Gesetzstellen [7]) sehr bestritten [8]). Der Streit dreht

---

198) So würtemberg. Verf. Urk. v. 25. Sept. 1819 §. 129 u. and. S. den Art. Landstände Bd. VI, S. 886.

1) Literatur: Thibaut, Versuche Bd. I, S. 116 flg. Schömann, Hdbch. des Civilr. Bd. II, S. 222 flg. Glück, Erl. d. Pand. Bd. XV, S. 365—370. Gesterding, Irrthümer der Rechtsgel. S. 200 flg. Neustetel, im Archiv für civil. Prax. Bd. II, S. 39 flg. Hepp ebd. Bd. XI, S. 42 flg. Seuffert ebd. Bd. XI, S. 372 flg. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II, S. 590 flg. Sintenis, prakt. gem. Civilrecht Bd. II, §. 113, N. 16, S. 565—567.

2) Glück a. a. O. S. 365.

3) Glück a. a. O. S. 368.

4) Vgl. in Bezug auf consilium §. 6. Inst. (III. 27.) L. 2. §. 6. L. 6. §. 5. D. (17. 1.), in Bezug auf commendatio L. 12. §. 12. D. (17. 1.) L. 43. pr. D. (18. 1.) L. 2. D. (50. 14.)

5) L. 47. pr. D. (50. 17.)

6) L. 7. §. 10. L. 8. D. (4. 3.)

7) §. 6. Inst. (III. 27.) L. 2. §. 6. L. 6. §. 5. D. (17. 1.)

8) Vorzüglich mit dieser Controverse beschäftigen sich die in der N. 1 angeführten Schriftsteller.

sich um folgende Hauptpunkte[9]: 1) Zuvörderst ist streitig, ob L. 6. §. 5. D. (17. 1.) sich auf den Rath beziehe und darauf anwendbar sei. Es wird nämlich von den Meisten[10]) ein Unterschied zwischen datum tua gratia und consilium angenommen, jene Stelle nur auf ersteres bezogen, weil ja sonst die Ausnahme gegen die Regel in L. 47. pr. D. (50. 17.) verstoße, und aus der Verbindung und Vergleichung beider Stellen nicht das Resultat gezogen, daß der Rath unter Umständen gleiche Wirkungen mit dem Mandat habe, sondern vielmehr, daß das Mandat eben deshalb vom Rathe unterschieden sein könne[11]). Allein beide Begriffe müssen für völlig gleichbedeutend genommen werden[12]). 2) Diejenigen, welche L. 6. §. 5. D. (17. 1.) auch auf den Rath beziehen, streiten wieder darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Rath als den Rathgeber verpflichtend erscheine. Hinsichtlich des ersten in der Stelle enthaltenen Falles, wo zugleich ein Interesse des Mandanten bei dem mandatum tua gratia obwaltet, wird nicht bezweifelt, daß ein wirkliches Mandat vorliege, obgleich nur in der Form des Rathes ertheilt. In Ansehung des zweiten darin enthaltenen Falles: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem sind wieder verschiedene Meinungen[13]).

---

9) Vgl. Sintenis a. a. O.

10) So von den in N. 1 angeführten Schriftstellern Thibaut, Neustetel, Hepp und Seuffert.

11) Thibaut und Hepp a. a. O. S. 44 lassen wenigstens eine analoge Anwendung der L. 6. §. 5. D. (17. 1.) auf den Rath zu.

12) Wenn L. 2. §. 6. D. (17. 1.) und §. 6. Inst. (III. 27.) sagen: cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, so ist doch offenbar, daß das vom mand. tua gratia Gesagte auch vom Rathe gelten soll; der Jurist konnte nicht so reden, wenn er nicht beide völlig identificirte. Sintenis a. a. O. S. 565. Es kommt hinzu, daß in den Basil. lib. XIV. tit. II. cap. 2. th. 7. Heimb. T. II. p. 69 geradezu das magis weggelassen wird. Hepp nimmt nur eine Gleichheit der Wirksamkeit und Folgen an; Gesterding a. a. O. S. 206 flg. sucht den Unterschied beider erfolglos durch Beispiele anschaulich zu machen; Neustetel a. a. O. S. 50 verlangt zum mandatum tua gratia nach L. 6. §. 5. D. (17. 1.) den vertragsmäßig ausgesprochenen und acceptirten Willen des Mandanten sich zu verpflichten und daß der Bevollmächtigte ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde, unterscheidet aber ersteres sorgfältig von dem Versprechen der Entschädigung; ohne Grund, da ebensowenig etwas vorhanden ist, was der Mandatar acceptiren könnte, als etwas, wozu sich der Mandant verpflichtet. Ist hiernach ein mandatum tua gratia und ein Rath schon nach römischem Rechte identisch, so kann auch nicht mit Neustetel a. a. O. S. 51 die Frage, ob im einzelnen Falle eins von beiden ertheilt sei, für eine quaestio facti angesehen werden, es auch nicht auf die gebrauchten Ausdrücke, als welche derselbe für das mandatum tua gratia die römischen Worte rogo, volo, mando, moneo etc. anführt, ankommen, um so weniger, als unser Geschäftsverkehr dergleichen Formen nicht kennt. Auch ist der etwa gebrauchte Ausdruck Auftrag hier ohne Einfluß. Sintenis a. a. O. S. 565.

13) Thibaut verlangt hier zu einer Verpflichtung des Rathgebers, daß derselbe die Gefahr hinsichtlich der Folgen ausdrücklich übernommen habe, und daß der Andere ohne den Rath oder die Empfehlung nicht würde gehandelt haben. Dagegen halten Schömann a. a. O., Gesterding a. a. O. S. 200 flg.,

Nach der richtigen Ansicht genügt zur Begründung der Entschädigungspflicht des Rathgebers oder Empfehlenden dessen Versprechen für die Folgen einzustehen, ohne daß der Rath oder die Empfehlung den Hauptbeweggrund zum Handeln abgegeben haben muß [14]), weil in der Natur des mandatum tua gratia an sich eine Verantwortlichkeit dafür einzustehen nicht begründet ist, und wenn jene Verantwortlichkeit erst infolge eines besonderen acceptirten Versprechens entsteht, dieses, gleich jedem anderen Vertrage, für obligatorisch angesehen werden muß. Liegt ein solches Versprechen vor, so ist nicht mehr die Frage von einer Verpflichtung aus einem Rathe für die durch dessen Befolgung entstandenen Nachtheile, sondern es dreht sich blos um die Verbindlichkeit aus dem Versprechen. Daß das Versprechen bündig sein müsse, ergiebt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen; besondere Bespiele kommen in den römischen Rechtsquellen vor [15]). Die allerdings nothwendige Acceptation kann auch stillschweigend dadurch erklärt werden, daß unmittelbar nach dem Versprechen die Gefahr zu tragen, zu der angerathenen Handlung vorgeschritten wird. Die causa dieses Versprechens ist der Rath oder die Empfehlung, verbunden mit der in dessen oder deren Gemäßheit vorgenommenen Handlung. Dasselbe als Schenkung des Rathgebers unter einer Bedingung aufzufassen und darauf die eigenthümlichen Beschränkungen der Schenkung anzuwenden [16]), ist ebensowenig zulässig, als Bürgschaften und andere Intercessionen, bei denen der Intercedent keinen Regreß hat, als Schenkungen zu behandeln [17]). 3) Ferner

---

Hepp a. a. O. S. 45 zur Begründung der Entschädigungspflicht des Rathgebers das bloße erwähnte Versprechen, für die Folgen einzustehen, für genügend, wenn der Andere auch ohne Rath gehandelt haben würde. Nach Thibaut begründet also das Versprechen, für die Gefahr zu stehen, keine Entschädigungspflicht, wenn der Andere ohne den Rath doch gehandelt haben würde. Er stützt dies darauf (s. Braun, Erörter. S. 781), daß er, weil das Mandat schon an sich das Versprechen des Mandanten für die Folgen zu haften, enthalte, dennoch aber das mandatum tua gratia denselben nicht verpflichte und der Rath diesem gleichstehe, daraus ableitet, der Rathgeber werde durch die bloße Uebernahme des Risico nicht verpflichtet, indem er etwas nur ausdrücklich versprechen würde, was sich von selbst verstehe, hier aber wegen Unwirksamkeit des Mandats ebenfalls erfolglos sein müsse. S. Sintenis a. a. O. S. 566.

14) Gegen Thibaut's Raisonnement erinnert Sintenis a. a. O. S. 566 mit Recht Folgendes. In dem mandatum tua gratia liegt die Verantwortlichkeit des Mandanten dafür an sich nicht, weil es in seinem Hauptinhalte, im Zwecke und im Interesse an der Ausführung über das eigentliche Mandat hinausgeht; bei dem eigentlichen Mandat hat der Mandatar an dem Ausfalle und den Folgen des Mandats für das Vermögen des Mandanten kein weiteres Interesse und hinsichtlich des Vermögens des Mandatars wird eine solche Wirkung gar nicht beabsichtigt, und tritt eine solche nachtheilige Wirkung zufällig ein, durch die actio contraria reparirt; hingegen bei dem mandatum tua gratia wirkt der Erfolg der aufgetragenen Handlung allein auf den Mandatar.

15) L. 1. §. 14. L. 12. pr. §. 1. D. (16. 2.)

16) Sintenis a. a. O. S. 566 hält diese Auffassung für zulässig.

17) Dies geht am wenigsten dem Gläubiger gegenüber, der durch die Intercession gesichert werden soll; es könnte nur von einer Schenkung an den

dreht sich der Streit um die zweite der Alternativen der L. 6. §. 5. D. (17. 1.) aut si non esses facturus, nisi ego mandassem[18]), wobei vorausgesetzt werden muß, daß die Handlung ganz bestimmt vorgeschrieben worden ist[19]). Aeltere Juristen nehmen in Gemäßheit dieser Stelle eine Verantwortlichkeit des Rathgebers dann an, wenn der Rath der Beweggrund zur Handlung gewesen ist[20]), was auch von mehreren Neueren gebilligt wird[21]); Andere haben sich dagegen erklärt[22]). Bei der völligen Gleichheit der Begriffe des mandatum tua gratia und des Rathes, muß die erstere Ansicht für die richtige geachtet werden[23]). Allerdings muß es feststehen, daß der Rath der Beweggrund zur Handlung gewesen sei. Diese Voraussetzung, wenn sie geleugnet wird, ist natürlich zu erweisen; der Beweis wird aber, da eine innerliche Thätigkeit Gegenstand desselben ist, schwierig und in den meisten Fällen blos durch Eidesantrag zu führen sein[24]). — Außer den erwähnten Fällen der Haftung aus einem Rathe wird noch der hierher gezählt, wenn sich Jemand für einen Sach- oder Kunstverständigen ausgiebt und einem der Sache Unkundigen einen schlechten Rath giebt[25]). Allein die Verantwortlichkeit für einen gegebenen Rath beruht hier entweder auf dolus oder auf einer demselben nahe kommenden Culpa[26]). Sach- und Kunstver-

---

Hauptschuldner die Rede sein; die Verpflichtung des Intercedenten gegen den Gläubiger kann nicht davon abhängig sein, daß z. B. bei einem Object der Intercession über 500 solidi gerichtliche Insinuation verlangt wird.

18) Vgl. §. 6. Inst. (III. 27.)

19) §. 6. Inst. (III. 27.)

20) Cocceii, ius controvers. lib. XVII. tit. I. qu. 8. Vinnius, Comm. ad Inst. (III. 27.) §. 6.

21) Hepp a. a. O. S. 47 flg. Sintenis a. a. O. S. 567 flg. Die von Unterholzner a. a. O. S. 590 flg. außer der Bestimmung des Berathenen zur Handlung noch erforderte Absicht des Rathgebers, für die Folgen zu haften, kann nicht für nothwendig erachtet werden, indem die erwähnten Stellen keine Andeutung davon enthalten.

22) Thibaut a. a. O., welcher eine Haftung in diesem Falle nur auf das von ihm, wie erwähnt, vom Rathe unterschiedene mandatum tua gratia beschränkt; Gesterding und Neustetel a. d. a. O.

23) Indessen stimmen Alle darin überein, daß derjenige dem Anderen für Nachtheil hafte, welche ihn zu einer Handlung in seinem Interesse bestimmt hat, und die Meinungsverschiedenheit besteht nur darin, daß die in der vorigen Note genannten Schriftsteller dies für Mandat ausgeben, daneben aber noch den Rath als einen Bestimmungsgrund besonderer Art unterscheiden, während beide vielmehr hier identisch sind und nur von einem Rathe die Rede sein kann. Sintenis a. a. O. S. 567.

24) Sintenis a. a. O. Es kann sich dabei immer noch fragen, ob die Eidesdelation über einen solchen innerlichen Vorgang zulässig sei; allein es ist doch immer etwas factisches, daß der Handelnde durch den Rath zur Handlung bestimmt worden sei und es wird daher auch der Eidesantrag darüber zugelassen werden müssen.

25) Lauterbach, Comm. de consiliis. 1654. P. II. cap. 1. th. 6 und andere bei Glück a. a. O. S. 367, N. 9 angeführte Schriftsteller.

26) L. 8. §. 1. D. (9. 2.) L. 9. §. 5. D. (19. 2.) L. 132. D. (50. 17.) Glück a. a. O. S. 367.

ständige, welche als solche nach vorgängiger Prüfung von der Staatsgewalt zur Ausübung einer gewissen Kunst ausdrücklich angestellt oder wenigstens zugelassen sind, müssen unter allen Umständen für den von ihnen in Sachen ihrer Kunst ertheilten Rath haften, indem jede Unerfahrenheit in ihrer Kunst als eine grobe Culpa anzusehen ist. Nur dann kann ausnahmsweise eine Verantwortlichkeit für den ertheilten Rath nicht angenommen werden, wenn der Rath über einen Gegenstand ertheilt wird, über den die Ansichten der Kunstverständigen selbst sehr von einander abweichen. Maßt sich Jemand das Recht zur Ausübung einer Kunst an, welches von vorgängiger Prüfung und Admission von Seiten der Staatsgewalt abhängig ist, so liegt in dieser Anmaßung ein dolus, der ihn ebenfalls ohne Unterschied für den ertheilten Rath zu haften verpflichtet. Nur wenn derjenige, welcher sich des Rathes eines solchen nicht admittirten anmaßlichen Sachverständigen bedient, weiß, daß derselbe nicht concessionirt ist oder dies vermöge seines Standes und seiner Verhältnisse wissen muß, wird er keinen Anspruch auf Entschädigung formiren können, weil er den Schaden durch eigene Schuld leidet. Zu den Fällen der Haftung aus einer Empfehlung gehört außer den oben erwähnten unbestritten noch der, wenn Jemand von Amtswegen oder vermöge gesetzlicher Verordnung für seine Empfehlung zu haften verpflichtet ist, was z. B. der Fall ist, wenn Jemand der Obrigkeit eine Person zum Vormunde vorschlägt und deren Tüchtigkeit zu diesem Amte behauptet, wo er für den Vorgeschlagenen haftet [27]). Von Vielen wird unter Kaufleuten der Empfehlung oder dem Rathe gleiche Kraft wie einer Bürgschaft beigelegt [28]). Allein neuerdings herrscht allgemeines Einverständniß darüber, daß die Empfehlung und der Rath unter Kaufleuten nichts Besonderes habe [29]). Sie sind gemeinrechtlich nach dem römischen Rechte zu beurtheilen und nach diesem sind auch die partikulären Rechte zu verstehen. Ein allgemeiner vom römischen Rechte abweichender Handelsgebrauch ist in dieser Beziehung nicht erweislich, ermangelt auch der inneren Gründe [30]). Häufig pflegen jedoch die Kaufleute aus Vorsicht durch Hinzufügung besonderer Clauseln, wie: „ohne mein Obligo", „ohne meine Vertretung", ohne meine Gewährleistung", „ohne mein Präjudiz" und ähnliche, sich gegen alle Regreßnahme im Voraus zu verwahren [31]). In den Fällen, wo die

---

27) L. 4. §. 3. D. (27. 7.) L. 1. 2. C. de periculo nominatorum (XI. 34. (33.)) L. 8. C. de susceptoribus (XI. 72. (70.))

28) Namentlich von älteren Schriftstellern, welche Glück a. a. O. S. 370, N. 15 anführt.

29) Klein, merkwürdige Rechtssprüche der Hall. Jur. Fakult. Bd. III, N. 15. Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 559. Pöhls, Handelsr. Bd. I, §. 93. Bender, Handelsr. Bd. I, §. 156. Trummer, im Archiv für das Handelsr. Bd. I, N. 15. Thöl, Handelsr. Bd. I, §. 101.

30) Trummer a. a. O. S. 242—249.

31) Thöl a. a. O.

Empfehlung ausnahmsweise die Kraft einer Intercession hat, ist dem Empfehlenden die Rechtswohlthat der Excussion nicht zu versagen[32]).

Heimbach sen.

Ratihabition oder Genehmigung[1]). Sie ist eine in Bezug auf etwas Vorangegangenes abgegebene Willenserklärung. Regelmäßige Voraussetzung ist im allgemeinen bei Willenserklärungen, daß sie mit den damit in Verbindung stehenden Handlungen gleichzeitig sind, oder daß die Handlungen nach der Willenserklärung folgen, daß mithin die Folgen der Willenserklärung erst mit der Willenserklärung eintreten. Es kann aber Jemand entweder selbst Handlungen vorgenommen haben, unter Umständen, wo sie ganz unwirksam oder nicht vollständig wirksam sind, oder es kann auch die Vornahme solcher die Interessen des ersteren berührenden Handlungen auch von Seiten eines Anderen geschehen sein, welchen Handlungen derjenige, dessen Interessen sie berühren, seine Anerkennung zu versagen befugt wäre. Wenn er später, bezüglich unter veränderten Umständen, sein Einverständniß damit erklärt, was auch stillschweigend geschehen kann, so genehmigt er jene frühere Handlung, so daß sie von Anfang für und gegen ihn vollständig rechtlich wirksam wird. In dieser rückwirkenden Kraft besteht das eigenthümliche Merkmal dieser als Genehmigung, ratihabitio, erscheinenden Willenserklärung[2]). Ob eine theilweise Genehmigung

---

32) Wernher, obs. for. T. II. p. VI. obs. 495. Glück a. a. O. S. 370.

1) Literatur: Busse, de ratihabitione. Lips. 1834. Glück, Erl. der Pand. Bd. V, S. 325, 333 flg. Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. I, §. 18, S. 158—164.

2) Der Ausdruck ratum habere kommt in einem weiteren ziemlich unbestimmten Sinne vor. S. Brisson. s. v. ratus. Busse l. c. p. 13. sq. Der bestimmtere Sinn trifft mit dem Worte ratihabitio zusammen. L. 12. §. 1. D. (46. 8.) Rem haberi ratam, hoc est, comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore. Man darf jedoch die Ratihabition nicht auf fremde Handlungen beschränken, auch nicht etwa die Person des falsus procurator als die einzige denken, auf deren Handlungen die ratihabitio Bezug haben könnte. Denn der Begriff ratihabitio kommt auch in Bezug auf eigene Handlungen vor. Es gehört hierher nicht nur die von Sintenis a. a. O. N. 41, S. 158 hierher gezählte L. 25. C. (V. 16.) (alias ratihabitiones), sondern auch die Titel des Codex si maior factus ratum habuerit (II. 45. (46.)) und si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit (V. 74.) Denn nach den in diesen Titeln enthaltenen Stellen sind nicht blos von dem Curator des Minderjährigen vorgenommene Handlungen, sondern auch eigene Handlungen des Minderjährigen, welche er anfechten könnte, in Frage. In anderen Stellen wird für ratum habere bei eigenen Handlungen perseverare und ähnliche Ausdrücke gebraucht. L. 65. §. 1. D. (23. 2.) L. 3. D. (24. 2.) L. 48. D. (50. 17.) Von dieser ratihabitio wird gesagt: generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. L. 7. pr. C. (IV. 28.) L. 25. in fin. C. (V. 16.) Diese rückwirkende Kraft der Ratihabition wird gewöhnlich nur als Regel angesehen, von welcher Ausnahmen stattfänden. Hufeland, über den eigenthüml. Geist des röm. Rechtes Th. I, N. 4, S. 206 flg. Mühlenbruch, Pandekten §. 100. Von den deshalb gemachten verschiedenen Unterscheidungen haben vorzüglich folgende Beifall gefunden: 1) wenn zu einem

einer Handlung oder eines Geschäftes zulässig sei, ist streitig. Manche schließen eine theilweise Genehmigung ganz aus[3]). Andere lassen eine theilweise Genehmigung, d. h. der Summe und Größe nach, welche dabei in Betracht kommt, zu, sobald dadurch der wesentliche Charakter des Geschäftes nicht verändert wird und der andere Contrahent, wenn er Empfänger gewesen ist, einwilligt[4]), lassen aber eine Trennung ein=

Geschäfte zwischen zwei Personen die Einwilligung eines Dritten nöthig ist, so wirkte diese durch Genehmigung zurück; 2) bei eigenen Geschäften, deren Ungiltigkeit in der dem Handelnden oder dem Gegenstande mangelnden Fähigkeit ihren Grund habe, habe die Genehmigung in einem später unter veränderten Umständen geschehenen ausdrücklichen oder stillschweigenden neuen Abschlusse des Geschäftes keine rückwirkende Kraft; 3) wenn der wiederholte oder fortdauernde Wille die Kraft habe, ein außerdem ungiltiges Geschäft rechtsbeständig zu machen, so habe die Genehmigung rückwirkende Kraft. Mit Recht hält Sintenis a. a. O. S. 159 namentlich das Hereinziehen des Mangels der Fähigkeit des Gegenstandes für unrichtig. Denn ein aus diesem Grunde ungiltiges Geschäft kann selbst unter später veränderten Umständen nach Eintritt der Fähigkeit nie giltig werden, sondern es ist ein neuer Abschluß des Geschäftes nothwendig, welches dann ganz für sich besteht. Vgl. Busse l. c. p. 33. Böcking, Instit. Bd. I, S. 477 macht eine andere Unterscheidung. Er nimmt an, die Genehmigung von Seiten eines nun Fähigen verleihe der von Anderen oder ihm selbst während der Unfähigkeit vorgenommenen Handlung dieselbe Bedeutung, als ob sie ursprünglich rechtsgiltig vorgenommen wäre, habe also rückwirkende Kraft, wenn es einem Rechte des Genehmigenden gelte; wenn es aber seiner Rechtsfähigkeit, einem Willensacte der Person über sich selbst, einer Verfügung, die nur Ausfluß einer ihr von Staatswegen zukommenden Eigenschaft sein kann, gelte, so habe die Genehmigung erst vom Augenblicke der neuen Willensäußerung an Wirkung, ebenso wie wenn die Wirksamkeit auch für den ersten Fall noch von anderweiten Voraussetzungen abhänge, welche erst später in Erfüllung gegangen seien. Gegen diese Unterscheidung ist mit Sintenis a. a. O. S. 159 zu erinnern, daß sie zu dunkel und unbestimmt ist, um das unter den beiden Gegensätzen begriffene Einzelne mit Sicherheit zu erkennen. Insbesondre ist nicht einzusehen, warum nach dem Unterscheidungsmerkmal der zweiten Hälfte zwar die Unfähigkeit der Unmündigen zu testiren zu dieser, die des filiusfamilias, ein Darlehen mit voller Wirksamkeit aufzunehmen, zur zweiten Hälfte gezählt wird, da zwischen beiden Fähigkeiten nur der Unterschied besteht, daß die ohne sie im ersten Falle unternommene Handlung ganz unwirksam ist, im zweiten Falle aber wenigstens beschränkte Wirkung hat. Wenn dagegen Böcking die Genehmigung im ersten Falle als die eigentliche, im zweiten Falle als die uneigentliche bezeichnet, so ist dies mit Sintenis a. a. O. S. 159 allerdings als ein bedeutender Schritt zur Annäherung an die allein richtige Auffassung. Sintenis geht aber mit Recht weiter, verwirft für die uneigentliche den Begriff der Genehmigung schlechterdings und erblickt in ihr, wie auch Böcking sie bezeichnet, in der Sache selbst die eigentliche wahre Willenserklärung, die schon deshalb allein, weil sie erst die eigentliche wahre Willenserklärung ist, keine rückwirkende Kraft hat; daher sind weitere Unterscheidungen unnöthig und es kann solchenfalls von einer rückwirkenden Kraft der ratihabitio nicht die Rede sein. Die nähere Begründung siehe bei Sintenis a. a. O. S. 160.

3) Busse l. c. p. 34, welcher sich deshalb auf die Schlußworte der L. 4. §. 1. D. (45. 1.): quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non possit, beruft.

4) Sintenis a. a. O. S. 160, N. 42, wegen L. 17. 18. D. (46. 8.) Busse l. c. p. 34, versteht diese Stellen, hin und wieder durch Emendationen,

zelner Bestandtheile eines Geschäftes oder einzelner einen Gesammtact ausmachender Handlungen mit ihren Folgen in der nachfolgenden Genehmigung nur dann zu, wenn eine solche nach der Natur des Geschäftes oder des ganzen Actes rechtlich möglich ist, namentlich, wenn die Identität des Geschäftes unter solchen Umständen nicht leidet, also wenn Nebenbestimmungen oder Nebenverträge eines Geschäftes modificirt, hinzugefügt oder weggelassen werden und der andere Contrahent damit einverstanden ist, indem entgegengesetzten Falles, also wenn nicht blos Nebenbestimmungen in Frage sind, im Falle der andere Contrahent einwilligt, zwischen den Betheiligten ein neues selbstständiges Geschäft eingegangen, und wenn er nicht einwilligt, das Geschäft gar nicht zu Stande gekommen mithin erfolglos sein würde [5]). Folgende Gründe entscheiden für die Ansicht, daß eine theilweise Genehmigung unstatthaft sei. Die stipulatio ratam rem haberi, von welcher ein besonderer Titel der Pandekten handelt (Dig. 46. 8.), setzt voraus, daß ein falsus procurator in einem Processe aufgetreten ist, welcher gegen diese Stipulation zum Proceß zugelassen wird. Alle iudicia gingen zur Zeit des Formularprocesses auf eine condemnatio in Gelde, wenn auch der Gegenstand der Klage nicht in einer Geldsumme bestand [6]). Wenn auch der dominus bei der vom falsus procurator geleisteten cautio ratam rem haberi, die Proceßführung durch den falsus procurator nur theilweise genehmigte, so war immer nur eine Geldsumme in Frage, welche mit Rücksicht auf das id quod interest stipulatoris sich allerdings höher belaufen konnte, als diejenige, um welche es in dem von dem falsus procurator geführten Rechtsstreite handelte. Daß es sich im Endresultate

---

theils nur von theilweiser Zahlung, theils von verschiedenen Geschäften, deren Genehmigung zum Theil erfolgen, zum Theil verweigert werden könne. Andere lassen die theilweise Genehmigung unter Bezug auf die gedachten Stellen zu, ohne der in der in der N. 3 erwähnten zu gedenken. Vgl. die von Sintenis a. a. O. angeführten Schriftsteller, welche so wenig wie viele andere Ausleger den Widerspruch dieser Stellen berühren. Sintenis selbst meint, zu den Schlußworten der L. 4. §. 1. D. (45. 1.): quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non possit, sei hinzuzudenken, „ohne die Strafe zu verwirken", weil es sich um eine solche in dieser Stelle handle. Er hält auch die Ansicht des Cuiac. Opp. T. X. p. 529 und 565 (edit. Neapolit.) von dem Unterschiede, je nachdem der dominus oder der procurator de rato cavirt, welche Busse l. c. verwirft, für gegründet, wenn auch die Voraussetzungen dazu in L. 4. §. 1. D. (45. 1.) nicht zutreffen. Sintenis findet in den beiden anderen Stellen (L. 17. 18. D. (46. 8.)) den Hauptgrundsatz von der Möglichkeit theilweiser Genehmigung unmittelbar und deutlich bestätigt, allerdings aber erheblich, was unter der Genehmigung pro parte zu verstehen und wie weit sie aus anderen concurrirenden Grundsätzen möglich sei. Er findet zuvörderst in L. 17. 18. D. (46. 8.) nur eine Theilung der Summe nach und stellt dieser die Größe unbedenklich gleich, da es nur auf die Quantität ankomme, welche ebensowohl von dem Falle verstanden werden könne, wenn der Genehmigende die Erwerber oder den Empfänger, als wenn er der Versprechende, oder der Zahler, oder der Verlierende gewesen sei.

5) Sintenis a. a. O. S. 161.

6) Cai. Inst. Comm. IV. §. 48.

immer um eine Geldsumme handelte, machte die theilweise Genehmigung möglich. Von diesem Gesichtspunkte aus sind auch die Stellen, welche von Seiten des dominus eine theilweise Genehmigung zulassen, zu erklären. Wenn auch im Justinianeischen Rechte die condemnatio nicht mehr blos auf Geld gerichtet ist, sondern auch auf die Sache selbst gerichtet werden kann [7]), so konnte doch bei Geldsummen, welche Gegenstand der geklagten Leistung selbst waren, die Zulässigkeit einer theilweisen Genehmigung der Proceßführung des falsus procurator durch den dominus wegen der Theilbarkeit des Objectes ebensowenig zweifelhaft sein. Für unser heutiges Proceßrecht sind indeß ganz andere Rücksichten maßgebend. Tritt ein falsus procurator auf und wird unter Bestellung der cautio rati zugelassen, so handelt es sich um den Rechtsbestand des ganzen Rechtsstreites; eine theilweise Genehmigung von Seiten des dominus ist hier unzulässig; die Genehmigung muß sich entweder auf die ganze Proceßführung und den ganzen Gegenstand des Rechtsstreites erstrecken, oder sie ist, wenn sie nur theilweise ertheilt wird, für nicht ertheilt zu achten; der Gegner ist wesentlich dabei interessirt, indem eine Theilung der Genehmigung für ihn von den nachtheiligsten Folgen sein würde [8]). Es handelt sich im heutigen Processe nur darum, ob der für den dominus aufgetretene procurator zu der Vertretung des dominus bevollmächtigt ist oder nicht. Ist er genügend bevollmächtigt, so ist die Sache in Ordnung; ist dies nicht der Fall und wird der procurator gegen cautio rati zugelassen, so muß die Genehmigung des dominus sich auf die Proceßführung im ganzen und den ganzen Gegenstand des Processes erstrecken, weil der Proceßgegner nicht genöthigt werden kann, die Handlungen des falsus procurator theilweise gegen sich gelten zu lassen, theilweise nicht. Die von einzelnen Vertheidigern der Zulässigkeit theilweiser Genehmigung gemachte Beschränkung auf Nebenbestimmungen und Nebenverträge eines Hauptgeschäftes, welche durch die Genehmigung modificirt, hinzugefügt oder weggelassen werden, läßt sich ebensowenig rechtfertigen. Denn indem sie dabei voraussetzen, daß der andere Contrahent seine Einwilligung dazu ertheile, erkennen sie hierdurch an, daß auch in Nebenbestimmungen die Genehmigung ohne Einwilligung des anderen Contrahenten nichts vermöge, an sich unwirksam sei. Wird auch bei Nebenbestimmungen des Hauptgeschäftes, welche durch die Genehmigung abgeändert, hinzugefügt oder weggelassen werden, die Einwilligung des anderen Contrahenten verlangt, so kann auch immer nur von dem Abschlusse eines

7) Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. III, §. 153.

8) Denn ließ man eine Theilung der Genehmigung zu, z. B. in dem L. 17. D. (46. 8.) angeführten Falle, so würde der dominus das von dem falsus procurator im Processe Vorgebrachte nur hinsichtlich der Summe, hinsichtlich welcher er die Genehmigung ertheilt hat, gegen sich gelten lassen müssen, wegen des Uebrigen, worauf die Genehmigung sich nicht bezieht, nicht, so daß der Proceßgegner wegen dessen wieder einen ganz neuen Proceß befürchten müßte.

neuen Geschäftes die Rede sein, weil die Nebenbestimmung, auf welche die Genehmigung sich bezieht, dem anderen Contrahenten möglicherweise als so wesentlich erscheint, daß er das Geschäft in der Art, wie es der Genehmigende proponirt, gar nicht eingegangen haben würde [9]). Hiernach muß man die Zulässigkeit theilweiser Genehmigung ganz in Abrede stellen; die Genehmigung hat sich auf das Ganze zu erstrecken; erstreckt sie sich nicht darauf, so ist sie für nicht ertheilt zu achten und der andere Contrahent oder der Proceßgegner an das Geschäft oder die bisherige Proceßführung nicht gebunden. — Welche Wirkung die Genehmigung unerlaubter Handlungen habe, ist bestritten. Das römische und kanonische Recht stellen den Grundsatz auf: in maleficio ratihabitio mandato comparatur [10]). Einige behaupten fortwährende Anwendbarkeit dieses Grundsatzes in Ansehung der civilen Wirkung der unerlaubten Handlung, während sie denselben in Bezug auf criminelle Strafbarkeit für unanwendbar halten [11]). Dagegen ist die gemeine Meinung dafür, daß dieser Grundsatz in Teutschland keine Anwendung gefunden habe [12]). Die Genehmigung einer unerlaubten Handlung enthält aber nichts, als eine Aeußerung gefährlicher unmoralicher Gesinnungen, sie ist weder eine gleiche noch eine ungleiche Theilnahme an einer unerlaubten Handlung; der Genehmigende erscheint weder als intellectueller Urheber, noch als Gehilfe, weil die Handlung ohne seinen Vorbewußt und ohne daß er irgend dabei thätig war, geschehen ist und die rückwirkende Kraft der Genehmigung kann hier selbst in Bezug auf civile Folgen nicht eintreten, weil es doch immer wahr bleibt, daß der Genehmigende an dem dolus, welcher der Handlung zum Grunde lag, nicht Theil genommen hatte, eine Fiction eines solchen dolus von seiner Seite aber ohne ein ausdrücklich darauf gerichtetes Gesetz unzulässig ist. Die Beziehung auf den erwähnten Grundsatz des fremden Rechtes kann dagegen nichts erheben. Das römische Recht enthält im Criminalrechte manche Grundsätze, welche infolge der mehr philosophischen Behandlung des Criminalrechtes aufgegeben worden sind. Zu diesen Grundsätzen gehört der erwähnte und daß derselbe nicht recipirt sei, wird durch zahlreiche Auctoritäten in älterer und neuerer Zeit dargethan. Nur bei Injurien bewirkt die Genehmigung Verpflichtung des Genehmigenden zur Privatgenugthuung, weil sie dann selbst eine Beleidigung wird [13]). — Häufig wird der Begriff der Genehmigung auch in einem weiteren Sinne ge-

9) Man setze z. B. den Fall, daß derjenige, für welchen als Verkäufer ein Kaufcontract, als Verpachter ein Pachtcontract abgeschlossen wird, bei der Genehmigung die Beifügung der lex commissoria zur Bedingung macht, welche der andere Contrahent sich nicht gefallen lassen will.

10) L. 152. §. 2. D. (50. 17.) L. 1. §. 14. D. (43. 16.) Cap. 23. de sentent. excommun. in VI. (V. 11.)

11) Sintenis a. a. O. S. 161, N. 43.

12) Tittmann, Hdbch. der Strafwissensch. Bd. I, §. 110 und die dort in N. a. angeführten Schriftsteller. Glück, Erl. d. Pand. Bd. X, S. 386.

13) Tittmann und Glück a. d. a. O.

braucht[14]), in welchem er mit Willenserklärung überhaupt gleichbedeutend ist. Die engere Begrenzung der Genehmigung ist von Interesse wegen des Beginnes der Handlung in Bezug auf den Genehmigenden und ihrer absoluten Folgen überhaupt[15]). Ist das, was unter Genehmigung verstanden wird, wirklich nur eine gewöhnliche Willenserklärung, so ist sie auch erst von dem Momente an, wo sie geschehen ist, wirksam; hat sie aber den vorher bezeichneten eigenthümlichen Charakter, so wird mit der schon in der Vergangenheit liegenden Handlung auch deren eingetretene Wirksamkeit anerkannt; sie hat mithin rückwirkende Kraft. Die Fälle, welchen dieser Charakter beizulegen ist, wo also rückwirkende Kraft eintritt, sind folgende: 1) die Handlungen der Stellvertreter eines Anderen[16]), so weit nicht bei ihnen aus besonderen Gründen eine Genehmigung unnöthig ist; 2) die Verfügungen Anderer, welche dazu nicht ermächtigt waren, über uns gehörige Sachen, wodurch jene mit Dritten in ein Rechtsverhältniß getreten sind, welches an diesen Sachen entstehen sollte[17]); 3) die Handlungen und die Verfügungen Anderer über ihre Sachen, welche entweder wegen eines besonderen persönlichen Verhältnisses, namentlich der väterlichen Gewalt[18]), diese Handlungen oder wegen bestehender Rechte Dritter diese Verfügungen nicht mit der beabsichtigten Wirksamkeit vornehmen können[19]); 4) die eigenen obligatorischen Handlungen, welche man zu einer Zeit vorgenommen hat, wo sie aus Gründen, welche die Handlungsfähigkeit beschränken, keine vollständige, sondern nur eine naturale Wirkung haben, während die Genehmigung unter solchen Umständen geschieht, wo jene Handlungen mit voller Wirkung hätten vorgenommen werden können[20]); 5) die eigenen

---

14) Busse l. c. p. 16. sq.

15) S. darüber und über das Folgende Sintenis a. a. O. S. 161 flg. dem man im wesentlichen gefolgt ist.

16) S. z. B. L. 25. C. (V. 16.) L. 56. D. (5. 1.) L. 12. §. 4. D. (46. 3.) L. 24. §. 1. D. (46. 8.) Die Fragen über die hierher zu zählenden Fälle der Vertretung, ferner, wenn es auf die Genehmigung dabei gar nicht ankomme, und inwiefern die Genehmigung erzwungen werden könne (vgl. L. 9. D. (3. 5.), gehören zu den einzelnen Rechtsinstituten. Ueber die Wirkung der ratihabitio bei der negotiorum gestio vgl. den Artikel negotiorum gestio Bd. VII, S. 341—343. Thibaut, Versuche Bd. II, S. 243 flg. Glück, Erl. d. Pand. Bd. V, S. 333. Bd. XV, S. 247. Busse l. c. p. 44. Sintenis a. a. O. S. 162, N. 45.

17) L. 20. pr. D. (13. 7.) L. 16. §. 1. D. (20. 1.) L. 3. C. (III. 32.) L. 7. C. si aliena res (VIII. 15. (16.)) Durch die rückwirkende Kraft der Ratihabition werden die inzwischen entstandenen Rechte Dritter selbstverständlich nicht benachtheiligt. Glück, Erl. d. Pand. Bd. XVIII, S. 213. Sintenis, Pfandr. S. 385.

18) L. 7. C. (IV. 28.)

19) Es gehört hierher der Fall in L. 4. §. 1. D. (20. 1.), ferner die Fälle der Veräußerungsverbote, wenn derjenige, zu dessen Gunsten ein solches Verbot besteht, seine Einwilligung ertheilt.

20) Es gehört hierher der Fall in L. 7. §. 16. L. 9. pr. D. (14. 6.) L. 2.

Handlungen, deren Wirksamkeit überhaupt hätte angefochten werden können, welche durch die später erfolgte Genehmigung unanfechtbar wird[21]). — Demnach gehört nicht zur Genehmigung im eigentlichen Sinne der Fall: 1) wenn Jemand für jetzt oder ohne Zustimmung eines Anderen eine gewisse Handlung mit rechtlicher Wirkung gar nicht vornehmen kann, dieselbe vielmehr als nicht geschehen anzusehen ist; eine nach erlangter Handlungsfähigkeit oder nachmals erfolgter Zustimmung des Anderen erklärte Uebereinstimmung mit der früheren Willenserklärung oder bezüglich erfolgte Wiederholung der Handlung kann nicht als Genehmigung der früheren Willenserklärung angesehen werden, sondern die nunmehrige ist die eigentliche wahre Willenserklärung, mit welcher auch erst ihre Wirkungen anfangen können[22]); 2) die Wiederholung einer früheren an sich giltig geschehenen Erklärung oder deren Anerkennung und sonst darauf bezügliche Handlungen, welche unter andere bestimmte Begriffe fallen, namentlich die der Zahlung, das Constitutum, das pactum geminatum und der Novation, wenn schon diese bisweilen zur Erreichung desselben Zweckes dienlich sind, den die Genehmigung hat; 3) der Hinzutritt zu einem schon giltigen Geschäfte. Insoweit nämlich Erklärungen solcher Art eine Anerkennung schon vorhandener rechtlicher Zustände und Folgen enthalten, hängt entweder ihre Wirksamkeit nicht erst von der jetzigen, sondern von der früheren Handlung ab, oder ihre Wirksamkeit hängt von der jetzigen Erklärung ab und fängt dann auch erst mit ihr an. — Zur Wirksamkeit der Genehmigung im eigentlichen Sinne wird noch besonders erfordert, daß die factische Lage der Dinge unverändert ist, mithin die frühere Handlung noch jetzt mit Erfolg geschehen könnte; war eine Frist für die Handlung bestimmt und ist diese versäumt, so

---

C. (IV. 28.); ferner die naturales obligationes der Pupillen, wenn sie solche als Großjährige genehmigen; nicht aber Veräußerungen der Pupillen und letztwillige Verfügungen derselben.

21) Hierher gehört a) die Genehmigung der Schenkung unter Ehegatten unter der Normalsumme durch nicht erfolgten Widerruf des Schenkers bei Lebzeiten. L. 25. C. (V. 16.); b) der Fall in L. 2. 4. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)). Auch möchten die Fälle hierher gehören, wo Minderjährige, welche die Jahre der Pubertät überschritten haben, die von ihnen geschlossenen Geschäfte, gegen welche sie Restitution suchen konnten, nach erlangter Großjährigkeit genehmigen. Solche Geschäfte sind zwar an sich giltig, sie können aber durch Restitution umgestoßen werden, und da die Restitution das Geschäft von Anfang an aufhebt, der ursprüngliche Zustand nach allen Seiten hin wieder hergestellt werden muß (Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 265), so hat die Genehmigung auch hier rückwirkende Kraft, wenn man sie nicht vielmehr als bloßen Verzicht auf die Restitutionswohlthat ansehen will. Als solchen sieht sie an Savigny a. a. O. S. 239, 241.

22) Sintenis a. a. O. S. 162, 163. So sind z. B. die Veräußerungen, welche Pupillen vornehmen, völlig ungiltig, ihre Genehmigung von Seiten des Veräußernden in späteren Jahren würde nur als ein neues Geschäft anzusehen sein.

kann die Genehmigung nichts mehr wirken[23]). Das Nachholen einer Form, der eine Handlung zu ihrer Giltigkeit bedarf, kann einer Handlung nur dann und erst von jetzt an vollständige Wirksamkeit verleihen, wenn darin zugleich eine Wiederholung der Handlung liegt; eine Genehmigung unter Beobachtung dieser früher nicht angewendeten Form ist erst die eigentliche Willenserklärung[24]). Heimbach sen.

Sache. I. Begriff. Sache (res) im weitesten juristischen Sinne[1]) heißt nicht nur jedes mögliche Rechtsobject[2]), sondern überhaupt Alles, was irgend ein rechtliches Interesse hat, mit Ausnahme der Person, und begreift daher auch unkörperliche Dinge, welche von rechtlicher Bedeutung sind, wie Rechtsfälle, Klagen und Rechte überhaupt[3]). Mit der weitesten Bedeutung von res hängt die römische Eintheilung der res in corporales und incorporales zusammen. Cicero definirt die ersteren so: res, quae sunt; die letzteren so: quae intelliguntur[4]). In den juristischen Quellen werden die res corporales so definirt: quae tangi possunt oder auch: quae sua natura tangi possunt, die incorporales so: quae tangi non possunt[5]); Definitionen, welche wohl mit der stoischen Philosophie zusammenhängen, nach welcher alle Sinne auf das Gefühl zurückgeführt werden[6]). Zu den res incorporales gehören überhaupt Rechtsverhältnisse aller Art (ea, quae in iure consistunt), wie Erbrecht, Forderungsrechte, Servituten[7]); das Eigenthumsrecht führen die Römer, obwohl das Recht selbst etwas Unkörperliches ist, nicht als Beispiel der res corporales mit an, sondern identificiren es gewissermaßen mit der körperlichen Sache, seinem Gegenstande.

---

23) L. 24. pr. D. (46. 8.)

24) L. 9. §. 5. D. (26. 8.) L. 23. §. 2. C. (IV. 29.) und L. 22. C. eod. in fin. verb. ex secunda cautione. Gegen Mühlenbruch, Pandektenr. §. 100, welcher behauptet, daß die Genehmigung einer mit der erforderlichen Form vorgenommenen Handlung nicht rückwirke, stützt sich Sintenis a. a. O. S. 164, N. 56 für die gegentheilige Behauptung auf L. 25. C. (V. 16.) und L. 1. §. 5. D. (27. 6.). Die erstere Stelle spricht dafür; die der Analogie der zweiten dürfte aber nicht passen, weil hier von einem Machtspruche des Prätors die Rede ist, nicht von einer gewöhnlichen Ratihabition.

1) Vgl. Schilling, Lehrb. der Institutionen Bd. II, §. 50.

2) L. 5. pr. D. (50. 16.)

3) L. 23. D. (50. 16.) Rei appellatione et causae et iura continentur. Daher bedeutet res bisweilen speciell eine Leistung oder Zahlung, z. B. L. 1. §. 2. D. (44. 7.) re contrahitur obligatio, §. 2. Inst. (III. 13.); ferner eine unerlaubte Handlung, z. B. pr. Inst. (IV. 1.) ex re nascuntur i. e. ex ipso maleficio, ingleichen einen Rechtsstreit (lis), z. B. L. 3. §. 4. D. (43. 30.) Vgl. Schilling a. a. O. N. 6 und überhaupt Brissonius s. v. res. Heumann, Handlexik. zu den Quellen des röm. Rechtes S. 531—533.

4) Cic. Top. 5.

5) L. 1. §. 1. D. (1. 8.) §. 1. 2. Inst. (II. 2.)

6) Seneca, Epist. 106. Vgl. Schilling a. a. O. §. 58.

7) L. 1. §. 1. D. (1. 8.) §. 2. 3. Inst. (II. 2.) L. 12. fin. C. (VII. 33.)

Die von Manchen[8]) angenommene Beschränkung dieser Eintheilung auf Rechte kann nicht gebilligt werden[9]). Man hat diese Eintheilung auch in das Teutsche übertragen; doch kann der Ausdruck „unkörperliche Sachen" entbehrt werden[10]). Im engeren, hier allein in Betracht kommenden Sinne bedeutet Sache (res) ein solches Rechtsobject, welches im Raume erscheint und bleibend ist, im Gegensatze von Handlungen oder anderen unkörperlichen Gegenständen[11]). Bei den Römern konnten auch Menschen unter diesen engeren Begriff fallen, da sie die Sclaverei hatten; in Teutschland sind Menschen dem Sachbegriffe entzogen. Fast gleicher Bedeutung mit res ist pecunia im weitesten Sinne, indem es Alles umfaßt, was ein vermögensrechtliches Interesse hat[12]); im eigentlichen Sinne wird unter pecunia dasjenige verstanden, was sich wirklich im Vermögen einer Person befindet, während res nur bezeichnet, was sich im Vermögen befinden kann[13]); im engeren Sinne beschränkt sich dieser Ausdruck auf die sog. fungibeln Sachen, welche in Quantitäten Gegenstände des Verkehres zu sein pflegen und daher nach Gewicht, Zahl oder Maß in Betracht kommen (im Gegensatze bestimmter Individuen, corpora, species)[14]); im engsten Sinne wird darunter geprägtes Metall oder baares Geld verstanden[15]), wofür als besondere Bezeichnung auch numerata pecunia gebraucht wird[16]). Das gesammte Vermögen einer Person bezeichnen die Römer mit den Ausdrücken bona[17]), patrimonium[18]), obwohl dieselben im eigent-

---

8) Buchholtz, Versuche N. 1, S. 6 flg.

9) Der in manchen Stellen vorkommende Ausdruck ius incorporale (L. 4. §. 27. D. (41. 3.) L. 3. C. (VII. 37.) bezeichnet nur das Recht „als etwas Unkörperliches". Ein ius corporale kommt im römischen Rechte weder dem Ausdrucke, noch der Sache nach vor. Schilling a. a. O. §. 58, N. h. Siehe auch Fritz, Erl. zu Wening-Ingenheim Bd. I, S. 162 flg.

10) Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, §. 40, N. 2, S. 413. Gesammtbegriffe, wodurch ein Inbegriff mehrerer Sachen bezeichnet wird, sind davon zu unterscheiden.

11) §. 7. Inst. (III. 15.)

12) Gai. Inst. Comm. III. §. 124. fin. L. 178. pr. L. 222. D. (50. 16.) die Basil. lib. II. tit. II. cap. 172. th. I. und cap. 214. geben pecunia durch χρήματα wieder.

13) L. 5. pr. D. (50. 16.) In der Stelle der zwölf Tafeln: uti legassit super pecunia ... kommt schon diese Bedeutung vor. Ulp. Fr. T. XI. §. 14.

14) L. 30. pr. D. (30.) L. 2. §. 1. C. (IV. 18.)

15) §. 2. Inst. (II. 4.) L. 5. D. (7. 5.) L. 22. fin. C. (V. 37.)

16) §. 2. Inst. (II. 4.) L. 7. §. 3. D. (14. 6.) L. 1. pr. D. (13. 3.)

17) L. 49. D. (50. 16.) Bei der bonorum possessio bezeichnet der Ausdruck bona das Vermögen eines Verstorbenen als Gegenstand der prätorischen Erbfolge, im Gegensatze der hereditas als Gegenstand der Erbfolge nach Civilrecht. L. 1. 3. pr. C. (37. 1.)

18) L. 1. D. (7. 5.) L. 3. §. 2. D. (37. 1.) Nicht blos das vom Vater oder den Voreltern ererbte Vermögen, worauf sich dem Ursprunge nach das Wort patrimonium allein beschränkt, sondern alles Vermögen ohne Unterschied, selbst das von der Mutter herrührende, wird darunter verstanden; so z. B.

lichen Sinne sich auf das Vermögen dessen beschränken, welcher nicht in fremder Gewalt steht, in dessen Gegensatze das Vermögen eines unter fremder Gewalt Stehenden peculium heißt[19]). — II. Unterschied der Sachen. In rechtlicher Beziehung unterscheidet man verschiedene Arten von Sachen, und ist hauptsächlich vor allem der Unterschied wichtig zwischen Sachen, welche dem Privatrechte ganz oder theilweise entzogen sind, und solchen, welche stets Gegenstand des Privatrechtes sind[20]).

A. Sachen, welche nicht Gegenstand eines Privatrechtes sein können oder dem Verkehr entzogene Sachen (res, quarum commercium non est)[21]). Die Gründe der Ausschließung gewisser Sachen vom Verkehr beruhen theils auf der Religion oder Moral, theils auf Polizei oder Staatswirthschaft, theils auf der Natur

---

maternum patrimonium in L. 1. §. 1. C. Th. (VIII. 18.); sogar das Vermögen juristischer Personen. L. 72. §. 1. D. (18. 1.) L. 2. §. 4. D. (43. 8.)

19) L. 5. §. 4. D. (15. 1.) §. 10. Inst. (IV. 6.) L. 182. D. (50. 16.) L. 37. §. 2. C. (III. 28.) Doch bezeichnet peculium im uneigentlichen Sinne ebenso wie patrimonium, pecunia, bona und ähnliche Ausdrücke, wie familia, facultates, census, fortunae, substantia, mea et tua, das Vermögen überhaupt. L. 14. §. 8. L. 16. pr. L. 30. §. 1. D. (36. 1.) L. 91. D. (50. 16.) Ueber andere Bedeutungen von peculium vgl. Schilling a. a. O. §. 50, N. m.

20) Gajus hat an der Spitze die Eintheilung in res divini iuris und humani iuris, und theilt letztere wieder in publicae und privatae (Gai. Inst. Comm. II. §. 2. L. 1. pr. D. (1. 8.)); dagegen steht in Justinian's Institutionen voran der Unterschied zwischen solchen Sachen, welche im privatrechtlichen Vermögen sind (res, quae in nostro patrimonio sunt, res privatae, res singulorum) und solchen, welche sich außerhalb desselben finden (res, quae extra nostrum patrimonium habentur). Pr. Inst. (II. 1.)

21) L. 6. pr. D. (18. 1.) L. 39. §. 9. 10. D. (30.) §. 7. Inst. (II. 1.) L. 9. §. 5. D. (1. 8.) L. 9. D. (41. 3.) Auch kommt der im Texte gebrauchte Ausdruck in der Fassung: res, cuius commercium quis non habet, in subjectiver Bedeutung vor, zur Bezeichnung der Unfähigkeit gewisser Personen, mit gewissen Sachen in rechtliche Berührung zu treten. Ulp. Fr. tit. 19. §. 5. Theoph. Inst. lib. III. tit. 19. §. 2. L. 40. D. (30.) L. 49. §. 2. D. (31.) L. 62. D. (41. 1.) L. 34. D. (45. 1.) — In Teutschland kommt diese subjective Beziehung, jedoch in anderen Anwendungen, in Partikularrechten vor. Man erinnert an die Beschränkungen hinsichtlich des Erwerbes von Grundstücken, denen vor der Gleichstellung der christlichen Religionsparteien in der Bundesacte Art. 16 die Bekenner einer nur geduldeten Confession unterworfen waren, z. B. in den sächsischen Ländern. Vgl. Heimbach, Lehrb. des partikulären Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten Bd. I, §. 127. In mehreren teutschen Staaten finden solche Beschränkungen hinsichtlich der Juden noch statt. Eine dem Verkehr entzogene Sache kann demselben auch wieder unterworfen werden; so einige res communes durch Naturereignisse, res publicae und res universitatis durch administrative Maßregeln. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, §. 40, N. 4, S. 413. Manche im römischen Rechte begründeten Ausschließungen gewisser Sachen vom Verkehre sind veraltet, z. B. was wegen der Gifte und libri improbatae lectionis in L. 4. §. 1. D. (10. 2.) und wegen gewisser dem römischen Kaiser vorbehaltenen Kostbarkeiten in L. 1. C. (IV. 40.) verordnet ist. Die jetzt stattfindenden Beschränkungen des Verkehres mit Giften und verbotenen Büchern beruhen lediglich auf polizeilichen Rücksichten.

der Sachen selbst. Im heutigen Rechte werden unter dem Verkehr entzogenen Sachen solche verstanden, an welchen Privatpersonen kein Eigenthum erwerben können; Erwerb anderer Rechte daran ist nach heutigem Rechte möglich, und eben darin liegt ihr Unterschied vom römischen Begriffe, welcher für die res extra commercium gar keine, auch nicht einmal eine partielle Herrschaft eines Einzelnen zuläßt[22]. Der Grund der Veränderung dieses Begriffes liegt darin, daß nach teutschem Rechte schon seit dem Mittelalter Hoheitsrechte und Staatseigenthum zu Lehen verliehen wurden und daher Gegenstand von Privatrechten werden konnten. Nach den angegebenen Gründen der Ausschließung vom Verkehr werden unterschieden: 1) die Sachen, welche im römischen Rechte als res divini iuris bezeichnet werden[23], nämlich a) res sacrae, ursprünglich die den oberen Göttern geweihten Sachen[24], seit Erhebung des Christenthums zur Staatsreligion die der Gottheit auf feierliche Weise geweihten und zum Gottesdienste bestimmten Sachen[25]; b) die res sanctae, solche Sachen, welche durch härtere Strafen gegen Verletzungen geschützt sind[26], wovon als Beispiele Stadtmauern und Thore angeführt werden[27], ohne andere auszuschließen[28]; c) die res religiosae, solche Sachen, welche den Manen Verstorbener gewidmet waren[29], also Grabstätten (sepulcra)[30]. In Ansehung der res sacrae sind an die Stelle der römischen Bestimmungen[31] die des kanonischen und des protestantischen Kirchenrechtes getreten[32]. In Ansehung der res sanctae sind die römischen Vorschriften antiquirt; dagegen hat das teutsche Recht einen ähnlichen Begriff in der befriedeten Sache, d. h. diejenigen, über welche ein besonderer Friede oder Rechtsschutz gelegt ist, welcher sich darin zeigt, daß ihrer Verletzung einer härteren Strafe unterliegt, als die Verletzung anderer Sachen[33], daher dies

---

22) Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 174.

23) Vgl. über den römischen Begriff der res divini iuris und die römischen Eintheilungen Schilling, Instit. Bd. II, §. 52—54. Glück, Erl. d. Pand. Bd. II, §. 164, S. 461 flg.

24) Gai. Inst. Comm. II. §. 4.

25) §. 8. Inst. (II. 1.) L. 6. §. 3. D. (1. 8.)

26) L. 8. pr. §. 1. L. 9. §. 3. D. (1. 8.) Es hängt dies mit sanctio legis zusammen. §. 10. Inst. (II. 1.)

27) Gai. Inst. Comm. II. §. 8. L. 8. §. 2. L. 9. §. 4. L. 11. D. (1. 8.) §. 10. Inst. (II. 1.)

28) L. 2. D. (43. 6.)

29) Gai. Inst. Comm. II. §. 4.

30) L. 2. §. 5. D. (11. 7.)

31) Vgl. Schilling a. a. O. §. 52. Glück a. a. O. S. 461 flg., 469 flg.

32) S. Glück a. a. O. §. 166, 167, S. 476 flg. Eichhorn, Kirchenr. Bd. II, S. 647 flg. und den Art. Kirchengut Bd. VI, S. 143 flg.

33) Vgl. Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 142. Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 155. Phillips, teutsch. Privatr. Bd. I, S. 26 Ausg. 3. Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 188.

dem Criminalrechte angehört. Der Begriff der befriedeten Sachen ist im Mittelalter entstanden, wo es den allgemeinen Frieden des Staates, einen allgemeinen Rechtsschutz, wie ihn der moderne Staat gewährt, noch nicht gab, und daher die Sicherung einzelner besonders preisgegebener Sachen vor Gewaltthätigkeiten durch besonderen Frieden (Bann) nothwendig war[34]. Die Zahl der befriedeten Gegenstände ist heutzutage, wo der Staat allgemeinen Rechtsschutz gewährt, geringer, als im älteren teutschen Rechte. Vom Anfang an liegt diesem besonderen Schutze die Idee zum Grunde, daß die Jedermann zugänglichen Sachen haben noch besonders gesichert werden sollen, und deshalb deren Verletzung als Verletzung des öffentlichen Vertrauens angesehen und bestraft wurde. Zu den befriedeten Sachen gehören jetzt der Pflug im Felde, die Deiche, der Friedhof, Residenzen (der sog. Burgfrieden) und das Innere der Wohnhäuser (der sog. Hausfrieden); nach Manchen auch Mühlen, Grenzsteine, öffentliche Gebäude und Denkmäler, Bäume an Heerstraßen[35], obwohl diese Sachen nur nach Partikularrechten besonders befriedet sind. Die Verletzung des Hausfriedens wird noch jetzt in Partikularrechten als besonderes Vergehen geahndet[36]. Die römischen Bestimmungen über res religiosae sind in den kirchenrechtlichen Vorschriften untergegangen[37]; nur die römischen Bestimmungen über Erb- und Familienbegräbnisse werden noch angewendet[38]. Nach diesen gehen Erbbegräbnisse auf Erben aller Art über, und selbst Kinder des Erblassers, welche nicht Erben desselben sind, haben ein Recht darin begraben zu werden; Familienbegräbnisse beschränken sich auf die Familie des Erwerbers oder Stifters[39], dessen Bestimmung darüber entscheidet, ob blos Agnaten oder auch Cognaten zur Familie zu rechnen sind[40]. Das römische Recht beschränkt zwar die Familie hier auf die Agnaten[41]; es darf aber billig bezweifelt werden, ob die betreffende Stelle, nachdem der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Bezug auf gesetzliche Erbfolge im neuesten römischen Rechte aufgehoben

34) Sowohl die altteutschen Volksrechte als die Rechtsbücher des Mittelalters enthalten hierauf bezügliche Bestimmungen. Vgl. die bei Maurenbrecher a. a. O. N. 3 angeführten Stellen. Auch die Landfrieden und andere Reichsgesetze haben mehrere Sachen ausdrücklich als befriedete erklärt.

35) Vgl. Maurenbrecher a. a. O.

36) Thüring. Strafgesetzbuch Art. 117.

37) Die römischen Bestimmungen siehe im Artikel Begräbniß Bd. II, S. 813 flg. Vgl. über die kirchenrechtlichen Bestimmungen Böhmer, Ius parochiale Sect. IV. c. 2. Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. lib. XI. tit. VII. §. 9. sq. Wiese, Kirchenr. Bd. II, §. 310. Glück, Erl. der Pand. Bd. XI, §. 767—769, S. 393—409. Eichhorn, Kirchenr. Bd. II, S. 552.

38) Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, §. 40, N. XI, S. 411.

39) L. 5. 6. D. (11. 7.) L. 42. §. 1. D. (36. 1.)

40) Glück a. a. O. S. 403. Stryk, Usus mod. Pandect. lib. XI. tit. VII. §. 24—27. Böhmer, Ius parochiale Sect. II. c. 2. §. 15.

41) L. 8. C. (III. 44.)

ist, noch geltendes Recht enthält[42]). Es kommt nur auf die Bestimmung des Stifters an, und im Zweifel ist, wenn derselbe nicht ausdrücklich die Theilnahme an dem Familienbegräbnisse auf diejenigen beschränkt hat, welche mit ihm Eines Stammes und Namens sind, welchenfalls richtiger von Stamm- oder Geschlechtsbegräbnissen die Rede ist, auch die von Weibern abstammende Nachkommenschaft zur Theilnahme berechtigt. Nach römischem Rechte ist ein Familienbegräbniß allemal zugleich ein Erbbegräbniß insofern, als auch nicht verwandte, aber zu Erben eingesetzte Personen daran Theil haben[43]); jetzt kann unserem Erachten nach nur die Bestimmung des Stifters darüber entscheiden. Die Veräußerlichkeit der Erbbegräbnisse ist jetzt nicht zu bezweifeln[44]), wohl aber die der Familienbegräbnisse. Auch ist auf öffentlichen Begräbnißplätzen der Erwerb eigener Stätten durch besondere Rechtstitel, namentlich auch durch Verjährung, zulässig[45]). Das Recht daran, sowie an den Erb- und Familienbegräbnissen ist ein besonderes, welches auch privatrechtlich geschützt wird, im römischen Rechte durch Interdicte[46]), im heutigen Rechte durch Klagen sowohl auf das Recht selbst, als auf Schutz des Besitzes[47]). Kommt es auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache keinen Aufschub leidet, so kann auf dem Rechtswege durch unbedingte Mandate[48]) oder zweckmäßiger durch polizeiliche Verfügung einstweilen geholfen werden. Jenes besondere Recht geht ebenso wie das Eigenthum verloren[49]). 2) Sachen, welche ihrer Natur nach keinem Einzelnen angehören können und deshalb als Allen gemeinsam in der Art betrachtet werden, daß Jeder Theile derselben sich aneignen und benutzen kann (communia omnium, bei den Neueren häufig res communes omnium). Das römische Recht betrachtet als solche[50]) die Luft, mit Ausnahme der über einem Grundstücke befindlichen Luftsäule, welche als Zubehör des Grundstückes gilt, was sich jedoch auf den

---

42) Sintenis a. a. O. S. 414 entscheidet im Zweifel für die Agnaten.

43) L. 13. C. (III. 44.)

44) Stryk l. c. §. 30. sq. Sintenis a. a. O. S. 414.

45) Glück a. a. O. S. 400. L. 4. D. (11. 8.) steht nicht entgegen, weil dies mit dem antiquirten Grundsatze des römischen Rechtes zusammenhängt, daß res religiosae als res divini iuris weder der Verjährung unterliegen, noch eine Servitut daran erworben werden kann. §. 1. Inst. (II. 6.) L. 4. D. (8. 4. Glück a. a. O. S. 400, N. 51.

46) L. 1. pr. §. 1—10. D. (11. 8.) L. 43. D. (11. 7.) L. 2. §. 2. D. (43. 1.)

47) Stryk l. c. §. 21. 26. Lauterbach l. c. §. 15. sq. 19—21. Sintenis a. a. O. S. 414, N. 20.

48) Glück a. a. O. S. 459.

49) Stryk l. c. §. 36. Sintenis a. a. O. S. 414. Die bei größeren Gütern befindlichen Erbbegräbnisse sind Pertinenzen dieser Güter und gehen bei einem Wechsel des Eigenthums derselben auf den neuen Eigenthümer über. Stryk l. c. §. 31.

50) §. 1. Inst. (II. 1.) L. 2—5. §. 1. D. (1. 8.) L. 51. D. (18. 1.) L. 3. §. 1. L. 4. D. (43. 8.)

Raum, nicht auf die in ihm befindliche stets wechselnde Luft bezieht[51]); das vorbeifließende Wasser[52]), das Meer und dessen Ufer, soweit dasselbe zur Winterszeit durch die Fluth bedeckt wird[53]). Nach römischem Rechte können durch Baue auch einzelne Theile des Meeres oder der Küste eingenommen und, so lange die Bauten dauern, erworben werden[54]). Im heutigen Rechte ist die Meeresküste als Staatseigenthum zu betrachten. Ueberhaupt sind über das Meer und dessen Küsten weniger die römischen Bestimmungen, als die Grundsätze des Staats- und Völkerrechtes maßgebend[55]). Wenn daher das römische Recht den Gebrauch der communia omnium von Seiten Einzelner unbeschadet des Eigenthums und des schon collidirenden Gebrauches Anderer gestattet, insoweit derselbe dem allgemeinen Gebrauche nicht hinderlich ist[56]), auch denselben durch besondere Interdicte[57]) und bei directen Verhinderungen durch die Injurienklage schützt[58]), so können diese Vorschriften in Betracht, daß jetzt staats- und völkerrechtliche Grundsätze hier Platz greifen, nicht mehr für anwendbar geachtet werden. 3) Sachen des Staates (res publicae) oder einer Gemeinde (res universitatis). Insofern der römische Staat oder das römische Volk in Betracht kommt, ist von res publicae populi Romani[59]) oder auch von publica schlechthin die Rede[60]). Die Staats- sowohl als die Gemeindesachen sind nach römischem Rechte entweder von der Art, daß ihre Benutzung jedem Staatsbürger bezüglich jedem Gemeindegliede freisteht, welchenfalls Staatssachen publica, quae in usu publico habentur, quae in usu publico sunt, quae publico usui destinata sunt, genannt werden[61]), Gemeindesachen vorzugsweise universitatis res, in Bezug auf Städte auch com-

---

51) L. 22. §. 4. D. (43. 24.) L. 29. §. 1. D. (9. 2.) L. 1. pr. L. 2. D. (8. 2.)

52) Die aqua profluens wird in L. 3. D. (43. 8.) L. 13. §. 7. D. (47. 10.) nicht zu den communia omnium gezählt: allein wenn man an den Gegensatz zwischen flumen publicum und privatum denkt, so würde doch jedenfalls das Wasser in einem flumen publicum eine res publica sein und demnach dem öffentlichen allgemeinen Gebrauche offen stehen. Es wäre also gleichgiltig, ob man dasselbe als res communis oder als res publica betrachtet. Kori, im Archiv für civil. Pr. Bd. XVIII, S. 38 flg. Sintenis a. a. O. S. 415, N. 25.

53) §. 3. Inst. (II. 1.) L. 96. pr. L. 112. D. (50. 16.)

54) L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 10. D. (1. 8.) L. 2. §. 8. L. 3. §. 1. D. (43. 8.) L. 14. 30. §. 4. D. (41. 1.)

55) Kierulff, Theorie des gem. Civilr. Bd. I, S. 312. Sintenis a. a. O. S. 415, N. 26.

56) §. 1. Inst. (II. 1.) L. 4. pr. L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 10. D. (1. 8.) L. 2. §. 8. L. 3. §. 1. L. 4. D. (43. 8.) L. 1. §. 18. D. (39. 1.) L. 1. §. 17. D. (43. 12.) L. 14. pr. L. 30. §. 4. L. 50. D. (41. 1.) L. 14. D. (47. 10.)

57) L. 2. §. 8. D. (43. 8.) L. 1. §. 17. D. (43. 12.)

58) L. 2. §. 9. D. (43. 8.) L. 13. §. 7. D. (47. 10.)

59) L. 9. D. (41. 3.)

60) L. 15. 16. D. (50. 16.)

61) §. 5. Inst. de emt. et vendit. (III. 23. (24.)) L. 6. pr. L. 72. §. 1. D. (18. 1.) L. 2. §. 5. D. (43. 8.) L. 17. pr. D. (50. 16.)

munia civitatum heißen, oder sie sind zum Besten des Staates bezüglich der Gemeinde im Ganzen bestimmt und der Benutzung der einzelnen Staatsbürger bezüglich Gemeindeglieder nicht unterworfen, und es heißen dann die Staatssachen dieser Art pecunia oder patrimonium populi oder patrimonium fisci[62]), Gemeindesachen dieser Art werden mit einem neueren Kunstausdrucke patrimonium universitatis genannt[63]). Zu den Sachen der ersteren Art gehören außer öffentlichen Gebäuden die öffentlichen Plätze, Wege, Häfen[64]); auch der Gebrauch der Flußufer steht Jedem zu, so weit er zur Benutzung des Flusses selbst nöthig ist[65]). Das römische Recht schützt diese Gebrauchsrechte durch Interdicte, welche je nach den verschieden gestalteten Fällen bald Erlangung des Gebrauches, bald Schadenersatz, bald Wiederherstellung des früheren Zustandes zum Zwecke haben[66]). Eine praktische Bedeutung können sie jetzt nur ausnahmsweise haben. Denn regelmäßig kommt es infolge der heutigen Organisation der Staats- und Gemeindeverwaltung, namentlich der Polizei und der sorgfältigeren Beaufsichtigung der Land- und Wasserstraßen nicht zu einem Rechtsstreite, welcher nur durch Nachlässigkeit einer Behörde veranlaßt sein konnte. Dennoch läßt sich ein gänzlicher Wegfall dieser Rechtsmittel nicht behaupten; die Möglichkeit zu ihrem Gebrauche liegt heutzutage noch ebenso vor, wie bei den Römern, wenngleich der Fall selten eintreten wird; namentlich können die Interdicte, soweit sie auf Schadenersatz gerichtet sind, noch praktische Bedeutung haben[67]). Die Bestimmungen des römischen Rechtes über öffentliche Wege und Flüsse und ihre heutige Anwendbarkeit werden besonderer Erörterung vorbehalten. Derselbe Unterschied, welcher hinsichtlich des Gebrauches der res publicae und res universitatis, je nachdem er der moralischen Person des Staates oder der Gemeinde allein zusteht, oder allen Staatsbürgern bezüglich Gemeindegliedern freisteht, im römischen Rechte gemacht wird, findet sich auch im heutigen Rechte. Das teutsche Recht weicht aber vom römischen darin ab, daß es selbst an den öffentlichen Sachen, von deren Gebrauche die Gesammtheit der Staatsbürger ausgeschlossen ist, eine Ausübung der im Eigenthum des Staates liegenden Rechte unbeschadet des Eigenthums des

62) L. 6. pr. L. 72. §. 1. D. (18. 1.) L. 14. pr. D. (41. 1.)

63) Der angedeutete Unterschied der Gemeindesachen findet sich in §. 6. Inst. (II. 1.) L. 6. §. 1. D. (1. 8.) L. 1. §. 1. D. (3. 4.)

64) §. 2. Inst. (II. 1.) L. 4. §. 1. D. (1. 8.) L. 24. pr. D. (39. 2.) L. 2. §. 22. D. (43. 8.) L. 2. D. (43. 11.)

65) §. 4. Inst. (II. 1.) L. 5. pr. D. (1. 8.) L. 15. D. (41. 1.) Die Definition der Flußufer, welche sich in L. 1. §. 5. L. 3. §. 1. D. (43. 12.) findet, ist ungenügend. Sintenis a. a. O. S. 416, N. 34.

66) Es sind dies die Interdicte, von denen in den Digesten Lib. XLIII. Tit. 7. 8. 9. 11. 12. 14. 15 gehandelt wird. Vgl. den Artikel Interdicte.

67) Stryk, Usus mod. Pandect. Lib. XLIII. Tit. 8. sq. Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. XLIII. Tit. 8. sq. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. I, S. 54, N. t. Puchta, Pand. §. 400. Sintenis a. a. O. S. 416.

Staates selbst von Seiten Einzelner zuläßt, was entweder infolge ausdrücklicher Gestattung von Seiten der Staatsgewalt (Privilegium) oder vermöge unvordenklicher Verjährung stattfinden kann[68]). Eine besondere Klasse des öffentlichen Vermögens bilden in Teutschland die Domänen (Kammergüter, Kassengüter, Krongüter, bona fiscalia, bona regalia) insofern als darunter das zum Unterhalte des Regenten und seiner Familie bestimmte Vermögen in der juristischen Kunstsprache verstanden wird[69]). Ueber die Veräußerung der Domänen gelten gemeinrechtlich die lehenrechtlichen Grundsätze, nach welchen Consens der Agnaten dazu erforderlich ist. Nach dem Staatsrechte einzelner teutscher Staaten ist sie außerdem öfter an die Zustimmung der Landstände gebunden. Von den Domänen ist das Schatullgut, das Privatvermögen des Regenten, ebenso zu unterscheiden, wie das Privatgut der regierenden Familie. Daß die Domänen ursprünglich als Eigenthum der regierenden Familie betrachtet worden sind, jedoch mit der darauf ruhenden Verpflichtung, den Regierungsaufwand davon zu bestreiten, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Ebenso gewiß aber ist, daß dies in mehreren teutschen Staaten nicht mehr der Fall ist. Es hängt dies mit dem Staatsrechte der einzelnen Staaten zusammen, daher die Frage, wem das Eigenthum der Domänen zustehe, gemeinrechtlich nicht entschieden werden kann. In den Landesstaatsrechten der teutschen Staaten prägen sich zwei Systeme aus, das eine, wornach die Domänen vollständig als Staatseigenthum anerkannt sind, das andere, nach welchem das Familieneigenthum an allen oder an einigen Domänen verfassungsmäßig ausgesprochen ist. Innerhalb des letzteren Systems kommen mehrfach fernere Unterscheidungen vor. In den kleinsten teutschen Staaten war in den Stürmen des Jahres 1848 die Tendenz vorherrschend, die Domänen für vollständiges Staatseigenthum gegen Gewährung einer Civilliste zu erklären; in der neuesten Zeit sind die regierenden Familien bemüht, die infolge jener Tendenz ausgesprochenen Erklärungen der Domänen für Staatseigenthum wieder rückgängig zu machen und das Familieneigenthum zur Geltung zu bringen.

B. Sachen, welche stets Gegenstand des Privatrechtes sind[70]). Unter ihnen sind zu erwähnen: 1) die herrenlosen Sachen (res nullius). Das römische Recht dehnt diesen Begriff zwar auch auf res divini iuris, res publicae und communes aus[71]), sowie auf Sachen, welche zu einer hereditas iacens gehören[72]); im eigentlichen Sinne werden aber darunter solche Sachen verstanden,

---

68) Maurenbrecher, teutsche Privatr. 176.

69) Maurenbrecher a. a. O. §. 177.

70) Vgl. Sintenis, gem. Civilr. Bd. §. 41, S. 419 flg.

71) Gai. Inst. Comm. II. §. 9. L. 1. pr. L. 6. §. 2. D. (1. 8.) §. 7. 10. Inst. (II. 1.) L. 51. D. (18. 1.) L. 1. pr. fin. D. (1. 8.)

72) L. 1. pr. D. (1. 8.) Vgl. über diese Ausdehnungen dieses Begriffes Buchholtz, Versuche Nr. 7. Schilling, Instit. Bd. II, §. 57.

welche zwar Gegenstand von Privatrechten sein können, aber sich gegenwärtig in Niemandes Eigenthum befinden, mögen sie sich nun noch niemals in Jemandes Eigenthum befunden haben (von den Neueren res nullius genannt), oder mag von ihrem bisherigen Eigenthümer das Eigenthum daran aufgegeben worden sein, ohne es auf einen Anderen zu übertragen (res pro derelicto habitae, bei den Neueren res derelictae). An ihnen ist Erwerb des Eigenthums durch Occupation möglich[73]). In Teutschland entstand durch die älteren Publicisten die Ansicht von einem dominium eminens des Staates am ganzen Staatsgebiete, kraft dessen dem Staate nach Einigen ein ausschließliches Occupationsrecht an allen herrenlosen Sachen, nach Anderen sofortiges Eigenthum daran zukommen sollte[73a]). Diese Theorie ist in manche Landesgesetzgebungen übergegangen[73b]). Gemeinrechtlich gilt das römische Recht, doch ist dasselbe hinsichtlich beweglicher Sachen durch das Institut der Regalien modificirt. Hinsichtlich der Lehden innerhalb einer Gemeindemarkung ist Streit, ob das Eigenthum der Gemeinde oder des Gutsherrn zu vermuthen sei[73c]). 2) Sehr wichtig ist die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche (res mobiles und immobiles), welche sich darauf gründet, je nachdem sie ihrer Substanz und Form nach von einem Orte zum anderen gebracht werden können oder nicht. Der Unterschied zeigt sich in vielen rechtlichen Beziehungen. Jede ihrer Natur nach unbewegliche Sache heißt bei den Römern fundus oder praedium, auch solum, oder res soli, oder res solo cohaerens oder quae solo continetur[74]), bei uns Grundstück. Fundus kommt auch in der engeren Bedeutung für Landgrundstücke, Aecker oder freie Plätze vor[75]), womit praedium rusticum gleichbedeutend ist, im Gegensatze der Gebäude, welche außer den gewöhnlichen Ausdrücken domus, aedificium, aedes, auch praedium urbanum genannt werden[76]). Die Ausdrücke praedium rusticum und urbanum kommen aber auch noch in anderen

73) Vgl. den Art. Occupation Bd. VII, S. 553 flg.

73a) Maurenbrecher a. a. O. §. 189. Renaud, teutsches Privatr. §. 241.

73b) Z. B. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 16, §. 1 flg. u. andere bei Renaud a. a. O. N. 2 cit. Gesetze.

73c) Das erstere behaupten v. Langenn und Kori, Erört. N. 17. Das letztere Weisse, de dominio agrorum intra confinia pagorum Germaniae sitorum 1805. Das erstere verdient allein Billigung. Maurenbrecher a. a. O. §. 189.

74) L. 211. D. (50. 16.) L. 115. D. (50. 16.) L. 1. §. 3. D. (43. 16.) L. 15. §. 2. D. (42. 1.) L. 15. §. 1. D. (2. 8.) L. 7. pr. D. (7. 1.) L. 23. §. 2. fin. D. (41. 3.) L. 13. C. (III. 34.) L. 1. §. 4. D. (43. 16.) L. 1. §. 1. D. (6. 1.) L. un. §. 7. D. (5. 13.) Solum wird jedoch bisweilen, wie area, als Grund und Boden, von dem darauf angebrachten Gebäude, was in diesem Gegensatze auch superficies heißt, unterschieden. L. 21. D. (13. 7.) L. 3. D. (8. 1.) Schilling, Instit. Bd. II, §. 59.

75) Cic. Top. c. 4. pro Caec. c. 19.

76) Ulp. Fr. Tit. XIX. §. 1. §. 1. Inst. (VIII. 1.) L. 1. pr. D. (VIII. 4.) L. 198. D. (50. 16.)

Bedeutungen vor[77]). Zu den unbeweglichen Sachen gehört nach römischem Rechte der Grund und Boden, die damit in Verbindung gebrachten Bauten und diejenigen Sachen, welche entweder durch die Kräfte der Natur oder durch menschliche Kunst mit einer unbeweglichen Sache dergestalt verbunden sind, daß sie einen Theil derselben ausmachen, wie z. B. die mit dem Boden noch zusammenhängenden Früchte[78]), ingleichen Alles, was in einem Gebäude befestigt (erd-, wand-, band-, mauer-, niet- und nagelfest) ist (vincta fixaque)[79]); ferner diejenigen Sachen, welche zum beständigen Gebrauche angeschafft sind, vorausgesetzt, daß sie zu dem beabsichtigten Zwecke bereits verwendet und nicht etwa in der entgegengesetzten Absicht wieder von der unbeweglichen Sache getrennt worden sind[80]). Bewegliche Sachen, deren frühere Verbindung mit einer unbeweglichen Sache in der Absicht, die Verbindung aufzuheben, gelöst worden ist, heißen ruta caesa oder ruta et caesa, und gelten nicht mehr für einen Theil der unbeweglichen Sachen, mit welchen sie vorher verbunden waren[81]). Ebensowenig gelten diejenigen Sachen, welche für eine unbewegliche Sache zwar bestimmt, aber mit ihr noch nicht in Verbindung gebracht worden sind, als Theile derselben, und insofern werden auch diese Sachen, obwohl nur uneigentlich, unter den ruta caesa mit begriffen[82]). Unter den beweglichen Sachen zeichnen sich diejenigen aus, welche sich durch eigene Kraft bewegen; sie heißen vorzugsweise res moventes oder se moventes[83]), ohne daß darum für sie

---

77) Manchmal werden sie nämlich auf die Beschaffenheit und Bestimmung der Grundstücke bezogen; dann heißt p. rusticum ein solches, welches zur Hervorbringung natürlicher Früchte geeignet und bestimmt ist, p. urbanum jedes andere, zu irgend einem anderen Zwecke bestimmte Grundstück. L. 3. 4. 7. D. (20. 2.) Bisweilen ist die Lage des Ortes der Grundstücke für den Sinn von Bedeutung, und dann heißt p. urbanum ein in der Stadt, p. rusticum ein auf dem Lande gelegenes Grundstück, sei es ein Gebäude oder ein anderes Grundstück, z. B. L. 2. pr. D. (8. 2.) Vgl. Schilling a. a. O. §. 59, N. k.

78) L. 44. D. (6. 1.)

79) L. 13. §. 31. L. 15. 38. §. 2. D. (19. 1.) Vgl. den Art. Pertinenz. Das Entscheidende ist die Verbindung mit Grund und Boden. Buchholz, Versuche Nr. 2 zählt blos die Grundstücke zu den Immobilien und hält alles Uebrige nur für Zubehör, indem ja auch z. B. ein festgewurzelter Baum ohne Schaden für ihn verpflanzt werden könne; Früchte, welche mit dem Boden zusammenhängen, dürfe man auch nicht unbeweglich nennen. Allein damit könnte auch bestritten werden, daß die Gebäude Immobilien seien, weil sie in L. 17. §. 12. L. 9. §. 1. D. (41. 1.) pars fundi genannt werden. Mit Sintenis a. a. O. S. 420, N. 5 müssen die Bestandtheile deshalb unter Immobilien mit aufgezählt werden, weil sie eben diese mit ausmachen und was vom Ganzen gilt, auch für die Bestandtheile gilt.

80) L. 17. pr. §. 7. 10. 11. L. 18. §. 1. D. (19. 1.) L. 242. §. 4. D. (50. 16. Sie fallen unter den Begriff Pertinenzen. Vgl. den Artikel Pertinenz.

81) L. 17. §. 6. D. (19. 1.)

82) L. 18. §. 1. D. (19. 1.) L. 241. D. (50. 16.) L. 66. §. 2. D. (18. 1.)

83) Fragm. Vat. §. 293. L. 1. pr. D. (21. 1.) L. 1. 2. pr. L. 3. C. (VII. 37.) Außerdem kommt dieser Ausdruck auch in weiterer Bedeutung, gleichbedeutend

besondere Grundsätze gelten. — Das teutsche Recht giebt in Betreff der beweglichen und unbeweglichen Sachen allerdings eine eigenthümliche Begriffsbestimmung, welche aber nicht durchgreifend ist[84]). Die römische Aufstellung dieser Unterscheidung bildet die Regel; nur für gewisse Vermögensbeziehungen, namentlich für die bei dem Güterrechte der Ehegatten vorkommenden, findet sich im teutschen Rechte ein künstlicher Unterschied beider Arten von Sachen ausgebildet. Ein festes Princip ist dabei nicht befolgt worden, daher es an einem gemeinen Rechte hier mangelt. Es kommt hier alles auf die Partikularrechte an, denen die Ausführung der Idee, welche man bei dieser besonderen Eintheilung der Sachen befolgt hat, lediglich überlassen worden ist, daher in jedem Einzelfalle, welcher unter diese Idee fällt, die Frage, ob eine Sache für beweglich oder unbeweglich zu achten sei, lediglich nach der einschlagenden Partikulargesetzgebung zu beantworten ist. Die Entscheidung gilt nicht für andere Fälle. So werden z. B. Capitalien bald für beweglich, bald für unbeweglich geachtet; Geräthschaften eines Handwerkers und Maschinen einer Fabrik, Fische in Teichen und Wild im Walde gelten nach manchen Partikularrechten für unbeweglich; Häuser dort, wo die Regel gilt: „was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß", für beweglich. Besonders wichtig ist hinsichtlich der Frage, was bei der sächsischen Mobiliarerbfolge des Ehemannes zu den beweglichen oder zu den unbeweglichen Sachen zu zählen sei, die frühere kursächsische Gesetzgebung[85]). Die Entscheidung der einzelnen Partikularrechte über das, was zu den Mobilien oder Immobilien zu rechnen sei, gilt aber nur für die besonderen Fälle; hinsichtlich anderer Fälle ist das römische Recht maßgebend. Dem teutschen Rechte eigenthümlich ist, daß Leistungen beständig als Last auf ein Grundstück gelegt werden können, welchenfalls das Recht darauf selbst als unbeweglich gilt, wogegen die Hypothek wegen ihrer blos accessorischen Eigenschaft auf die Natur der Sache ohne Einfluß ist. Nach manchen Partikularrechten sind Gesammtsachen unbeweglich. Im teutschen Rechte macht sich besonders hier die Autonomie der Parteien geltend, indem es überall ihrer Willkür überlassen ist, was sie auf bestimmte Fälle, z. B. auf den Fall gegenseitiger Beerbung, für sich als beweglich oder unbeweglich gelten lassen wollen. Letzteres nennt man das Eisernmachen. Das Recht derartiger Bestimmung ist unbeschränkt und dehnt sich auf alle Fälle aus. Häufig kommt es zwischen Pachtcontrahenten hinsichtlich des Viehes vor (eisern Vieh). Der Unterschied zwischen Mobiliar- und Immobiliarvermögen ist im teutschen Rechte von höherer durch-

---

mit res mobiles vor. L. 93. D. (50. 16.) L. 32 §. 9. D. (33. 2.) L. 35. pr. D. (39. 1.) L. 15. §. 2. D. (42. 1.) L. 19. D. (43. 16. Vgl. Schilling a. a. O. §. 59, Zus. 1.

84) Vgl. über das Folgende Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 182—184.

85) Vgl. Haubold, Lehrb. des kgl. sächs. Privatr. §. 321.

greifenderer Bedeutung, als im römischen, und auf jede Klasse von Sachen beziehen sich besondere Institute. Für bewegliche Sachen überhaupt ist der entsprechende teutsche Ausdruck fahrende Habe, Fahrniß[86]), Mobiliar. Vermögen überhaupt, bewegliches und unbewegliches durcheinander, wird mit Habe bezeichnet. Möbel, Hausrath bedeutet die zur Wohnlichkeit eines Hauses dienenden beweglichen Sachen. Inventar ist der Inbegriff der zu einem Hause oder Hofe gehörigen Sachen. Effecten bezeichnet alle Mobilien mit Ausschluß des baaren Geldes und der Forderungen. Gewisse für den Gebrauch der Frauen bestimmte Sachen werden mit dem Ausdrucke Gerade, gewisse für den Gebrauch der Männer bestimmte Sachen mit dem Worte Heergeräthe, Heergewette bezeichnet, und nach besonderen Grundsätzen vererbt. Für Immobilien ist die allgemeine Bezeichnung Eigen, Erbe, Erb und Eigen, liegendes Gut[87]), in den altteutschen Volksrechten und Capitularien hereditas, sors, proprietas[88]). Unter den Grundbesitzungen unterscheidet man Allod (allodium) dasjenige Grundstück, welches nach allgemeinem Rechte besessen wird, von demjenigen, welches nach besonderem Rechte besessen wird, wie das Lehen (feudum, beneficium), oder was nach Hofrechte oder Fideicommißrechte besessen wird. Das im vollen Eigenthum des Besitzers im Gegensatze eines abgeleiteten Besitzrechtes befindliche Grundeigenthum wird mit verschiedenen jetzt nicht sehr gangbaren Ausdrücken bezeichnet[89]). Ferner werden Bauerngüter, welchen die Lasten des Bauernstandes, namentlich die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten anhängen, und Rittergüter, mit welchen die Vorrechte des Adels verknüpft sind, unterschieden. Der Unterschied des gewonnenen oder erworbenen Gutes (sog. bona acquisita) von dem Stock-, Stamm- oder Erbgute (in den alten Volksrechten terra aviatica[90]), terra Salica[91]), bei den Neueren bona avita)

---

86) In den sächsischen und schwäbischen Quellen kommt dafür der Ausdruck Rade vor.

87) Eigen für Grundbesitz überhaupt kommt vor im sächs. Landr. B. 1, Art. 34, §. 1. Art. 52, §. 1. B. 2, Art. 44. In gleicher Bedeutung findet sich Erbe im Schwabensp. Cap. 287. Sächs. Landr. B. 1, Art. 61, §. 1, 4. B. 3, Art. 79, §. 2. Auch kommt Hufen für Grundbesitz überhaupt vor. Sächs. Landr. B. 1, Art. 29. Nach Zöpfl, Bamb. Stadtr. S. 197 findet sich zwischen Eigen und Erbe ein Gegensatz, nach welchem Erbe jeder Grundbesitz heißt, Eigen das im vollen Eigenthum stehende, Erbe und Eigen das ererbte volle Eigenthum.

88) In diesem Sinne kommt vor hereditas in Lex Saxon. XV. 23. XVII. Lex Angl. Tit. 13.; sors in Lex Burgund. I. 14. c. 5.; proprietas in Capit. quae pro lege habenda sunt. c. 6.

89) Z. B. Torfachteigen, Durschlachteigen, Echtwort, Ludeigen. Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 184.

90) Lex Ripuar. Tit. 56.

91) Lex Salica Tit. 62. Diesen Sinn hat terra Salica in diesem Volksrechte, während sonst terra Salica, Selilant, Salland, Saalmanns-

beruht darauf, daß das erstere von Jemanden in einer Familie neu erworben, das letztere innerhalb einer Familie schon einmal vererbt worden ist [92]), und zeigt sich bei Veräußerungen und bei der Erbfolge, welche partikularrechtlich bei beiden häufig nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden. — Bisweilen wird in den Gesetzen, häufiger aber in Verfügungen von Privatpersonen, namentlich in letzten Willen, ein ganzes Vermögen nach den beiden Bestandtheilen, beweglichen und unbeweglichen Sachen, unterschieden oder abgetheilt, und dann entsteht die Frage, wohin Rechte und Forderungen zu rechnen seien. Hier hat die Praxis folgende Regeln aufgestellt [93]): a) Rechte, welche mit einer unbeweglichen Sache verknüpft sind, sind unbeweglich; b) persönliche Rechte sind stets beweglich; c) bei dinglichen Rechten entscheidet der Gegenstand, an welchem sie ausgeübt werden, darüber, ob solche zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu zählen seien; ist dieser Gegenstand unbeweglich, so heißt das Recht auch unbeweglich, sonst umgekehrt; d) Rechte, welche accessorischer Natur sind, wie die Hypothek, werden nach der Natur des Hauptrechtes benannt. Manche dieser Regeln sind überflüssig und zum Theil nicht richtig [94]). Denn zu a) ist es theils überflüssig hervorzuheben, daß Realgerechtigkeiten die Natur der Sache annehmen, welchen sie ankleben, weil sie zur Sache selbst gehören und ohne sie nicht denkbar sind, theils ist es nicht richtig, indem z. B. Servituten an beweglichen Sachen nicht binnen der zur Ersitzung beweglicher Sachen bestimmten Zeit ersessen werden und die Ersitzung der Servituten an unbeweglichen Sachen binnen der für letztere bestimmten Zeit auf anderem Grunde beruht, als weil sie für unbeweglich gehalten würden; zu c) diese Regel hat im römischen Rechte allerdings Grund [95]); ihre Anwendung wird sich aber lediglich auf zuständige Eigenthumsklagen und außerdem auf die actio in rem utilis wegen der Emphyteuse und superficies beschränken. Der Eigenthümlichkeiten des teutschen Rechtes, welche zum größten Theile partikularrechtlich sind, ist bereits

---

eigen, Sedel, das Hauptgut des freien Germanen, das zum Herrenhofe gehörige Gut im Gegensatze zum beneficium bezeichnet. Renaud, teutsches Privatr. §. 239, N. 20 und Maurenbrecher a. a. O. §. 184. Ueber die Bedeutungen des Ausdruckes terra Salica: Pardessus, Loi salique p. 704 suiv.; dagegen Guérard in der biblioth. de l'école des chartes. Paris 1841. Decemb. p. 113—124. S. auch Waitz, das alte Recht der Salier S. 117 flg.

92) Partikularrechte verlangen zum Begriffe des Erb- oder Stammgutes mitunter eine mehrmalige Vererbung, z. B. das kursächs. Const. 12. 31. P. III. eine Vererbung von den Großeltern her auf den jetzigen Besitzer. Vgl. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 396. Heimbach, Lehrb. des partik. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 325. Andere sächsische Gesetze halten einmalige Vererbung für genügend. Hildburgh. Rescript v. 14. Jan. 1799.

93) Glück, Erl. der Pand. Bd. II, S. 532—539. Thibaut, System des Pandektenr. §. 173. Kierulff, Theor. des gem. Civilr. S. 323 flg.

94) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 421, N. 9.

95) L. 15. D. (50. 17.)

vorher gedacht worden. 3) Ein fernerer Unterschied der Sachen ist zwischen Hauptsachen und Nebensachen (res principales und accessiones[96]), letztere bei den Neueren res accessoriae). Es stehen nämlich häufig Sachen mit anderen Sachen in einer äußeren Verbindung, oder ohne eine solche Verbindung in einer inneren Beziehung, vermöge welcher eine Abhängigkeit der einen Sache von der anderen entsteht, welche insofern wirksam ist, als die der anderen als untergeordnet und von ihr abhängig erscheinende Sache durch die für die Hauptsache eintretenden Rechtsverhältnisse von selbst mit berührt wird. Damit hängt diese Eintheilung zusammen. Der Begriff Nebensachen ist aber sehr unbestimmt. Man versteht unter ihnen alles, was durch eine andere Sache bedingt ist, oder sich zu ihr als untergeordneter Theil und Zubehör verhält. Dies ist auch soweit richtig, und namentlich werden daraus wichtige Folgerungen für die von uns Accession genannte Erwerbsart des Eigenthums abgeleitet[97]). Diese allgemeine Beschreibung ist aber ungenügend. Man hat nämlich accessio bald weiter, bald enger genommen, bis man dahin gelangte, darunter das Zubehör zu verstehen, welches weder zu den Früchten noch zu den Verwendungen gehöre[98]), während man unter Zubehör im allgemeinen vorzüglich die omnis causa oder causa rei verstand, den außerdem noch bestehenden Begriff der Pertinenzen aber auf solche, namentlich mit Immobilien in Verbindung gebrachte Sachen anwendete, welche als Theile derselben betrachtet werden. Auf der anderen Seite theilte man die Accessionen, darunter schlechthin „Nebensachen" in sehr weitem Sinne verstehend, auch in vortheilhafte und nachtheilige und zählte zu den letzteren Servituten als Lasten, Pfandrechte, die öffentlichen Abgaben und Kosten[99]). Bei dieser Begriffsverwirrung bedarf es einer strengeren Sichtung und einer gesicherteren Terminologie aus dem Gesichtspunkte unseres Rechtes[100]). Vor allen ist zu vermeiden, daß man Rechtsverhältnisse und obligatorische Leistungen mit hereinzieht, was hier, wo es sich von Arten der Sachen handelt, durchaus nicht angeht. Daher sind von dem Begriffe der Accessionen auszuscheiden: a) dasjenige, was neben Sachenrechten nicht vorkommen kann, wie die sog. Accessionen

96) L. 63. D. (30.) L. 19. §. 13. D. (34. 2.) der Ausdruck accessio hat übrigens einen viel weiteren Umfang, indem er sogar Bürgen und adpromissores bezeichnet (L. 91. §. 4. D. (45. 1.) L. 43. D. (46. 3.) L. 71. pr. D. (46. 1.), ingleichen Rechte, wie Faustpfandrechte und Hypotheken (L. 43. D. (46. 3.) §. 5. Inst. de fideiuss. (III. 20. (21.)). Der Gegensatz zwischen res principales und accessiones findet sich in L. 19. §. 13. D. (34. 2.) und daraus ist in der Doctrin die obige Eintheilung entstanden.

97) Vgl. den Art. Accession.

98) §. 20. 26. 29.—34. D. (2. 1.) L. 19. §. 13. L. 29. §. 1. D. (34. 2.)

99) S. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 225—228, 232.

100) Vgl. Sintenis a. a. O. §. 41, N. 11, S. 422—424, dem man hauptsächlich gefolgt ist.

zu Forderungsrechten, wie Zinsen, welche vielmehr in das Obligationenrecht gehören; b) die Begriffe, welche zwar auch bei und neben Sachenrechten in Betracht kommen können, aber ihrem Ursprunge nach ganz in das Obligationenrecht gehören, z. B. das Interesse; c) Servituten und Pfandrechte, welche an Sachen haften, erscheinen nicht als Nebensachen von Hauptsachen, sondern, wenn sie hier mit aufgezählt werden, in der dabei gemeinten Verbindung als rechtliche Eigenschaften der Sachen, welche, unzertrennlich von diesen, neben ihnen im System die besondere Erwähnung finden, wo es von Interesse ist; ebensowenig sind onera der Erbschaften als „nachtheilige Accessionen von Rechten" unter den Arten von Sachen mit aufzuführen[101]). Dasselbe gilt von den Lasten und Abgaben der Grundstücke. Haben diese in einem dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältnisse, wie im Staats- oder Gemeindeverbande ihren Grund, so gehören sie in das Staatsrecht; sind sie aus einem privatrechtlichen Verhältnisse entstanden, wie bei den Römern aus der Emphyteuse und superficies, so sind sie bei diesen Lehren abzuhandeln; und was die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, welche zwar aus einem ursprünglich öffentlich-rechtlichen Verhältniß entstanden, jedoch im Laufe der Zeit privatrechtlich geworden sind, ingleichen andere privatrechtliche Reallasten anlangt, so gehören diese in das teutsche Privatrecht und werden auch dort nicht unter der Eintheilung in Haupt- und Nebensachen, sondern als besonderes Rechtsinstitut abgehandelt. d) Servituten als Rechte zu den Pertinenzen der Immobilien zu zählen ist nicht nöthig, es genügt sie nach der römischen Auffassung als conditio fundi[102]) oder habitus fundi[103]) aufzufassen. Die Betrachtung derselben als Pertinenzen des Grundstückes ist sogar unrichtig, wenn die neueste Auffassung richtig ist, daß nicht das sog. herrschende Grundstück, sondern dessen Eigenthümer als das berechtigte Subject anzusehen sei[104]). e) Die Kosten anlangend, so ist zwar nicht zu verkennen, daß deren Begriff und Arten eine allgemeinere nicht blos Einem Rechtstheile angehörige Bedeutung haben, und im Sachenrechte, Obligationenrechte und Erbrechte vorkommen; nichtsdestoweniger ist ihre Abhandlung im allgemeinen Theile und namentlich unter den Arten der Sachen nicht zu rechtfertigen, sondern sie werden am zweckmäßigsten bei der Eigenthumsklage erörtert, als der vorzugsweise auf Herausgabe einer Sache gerichteten, weil der Begriff der Kosten überall im Zusammenhange mit einer solchen Herausgabe steht. f) Hiernach bleibt von den Begriffen Accessionen, Nebensachen, Zubehör und Pertinenzen nicht viel übrig. Die beiden ersteren Begriffe, welche als identisch zu nehmen sind, treten bestimmter hervor nur bei der sog. Accession als Erwerbsart des

---

101) Wie Mühlenbruch a. a. O. §. 232, N. 1 thut.
102) L. 23. §. 2. D. (8. 3.)
103) L. 12. D. (8. 6.)
104) Diese Ansicht führt aus Elvers, die römische Servitutenlehre §. 10, S. 93—102.

Eigenthums und sind demnach dort zu erörtern, zumal es sich dabei weniger von einer Art Sachen, als von einem rechtlichen Begriffe handelt. Der Begriff Zubehör ist sehr weit und unbestimmt; weniger unbestimmt ist der Begriff Pertinenzen und zweckmäßig läßt man ersteren fallen oder identificirt ihn mit dem letzteren. g) Der Begriff causa rei oder omnis causa kann mit Zubehör im weitesten Sinne für gleichbedeutend genommen werden. So heißt nämlich überhaupt, was als Vortheil zu einer Sache gehört[105]), und zwar wird dieser Ausdruck vorzugsweise auf solche Fälle bezogen, wo von der Herausgabe einer Sache, solche sei mittelst dinglicher oder persönlicher Klage gefordert, die Rede ist, und begreift dann alles in sich, was derjenige, welcher die Hauptsache in Anspruch nimmt, noch außer derselben vom Beklagten verlangen kann, insofern er es gehabt haben würde, wenn ihm die Sache nicht vorenthalten worden wäre[106]), also die Früchte und den Erwerb durch Accession. — Die Abhängigkeit einer Sache von einer anderen, vermöge welcher erstere durch die für die letzteren eintretenden Rechtsverhältnisse von selbst mit berührt wird, oder mit der gangbaren Kunstsprache zu reden, das Verhältniß einer Nebensache zu einer Hauptsache, kann auf folgenden Gründen beruhen: a) auf dem Eintreten einer festen körperlichen Verbindung zwischen zwei oder mehreren Sachen, sei es durch die Kraft der Natur oder durch menschliche Thätigkeit, wodurch sie zu Einer Sache werden. Ein solches Ereigniß ist insofern von rechtlicher Bedeutung, als darauf die Erwerbsart des Eigenthums, welche man Accession nennt, beruht; es gehört dies in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Der hier fragliche Begriff des Bestandtheiles begreift alle die Sachen, welche ein Ganzes nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit und Bestimmung als vollendet herstellen, so daß sie es bedingen. Wendet man dies auf die einzelnen hier interessirenden Arten von Sachen an, so sind aa) absolute Bestandtheile eines eigentlichen Grundstückes, welches man sich ursprünglich als Ganzes denkt, nicht denkbar, sondern es läßt sich dabei nur ein arithmetisches Verhältniß denken[107]). Wohl aber sind Bauten, wozu alle Werke der Technik gehören, welche in irgend eine feste Verbindung mit Grund und Boden gebracht sind, und zum Gebrauch des Grundstückes dienen sollen, ingleichen die mit dem Boden noch zusammenhängenden Feld=

---

105) L. 2. 3. §. 1. L. 8. 38. §. 7. 11. D. (22. 1.) L. 9. §. 7. D. (10. 4.) L. 1. §. 24. D. (16. 3.) L. 4. C. (VIII. 4.) In einer noch weiteren Bedeutung bezeichnet causa in Bezug auf Sachen überhaupt die Beschaffenheit und juristische Eigenthümlichkeit derselben L. 67. D. (18. 1.) L. 2. pr. D. (40. 7.) und wird daher auch auf die mit einer Sache verbundenen Lasten bezogen. L. 18. §. 2. D. (13. 7.) L. un. C. (IV. 53.) Schilling, Instit. Bd. II, §. 64, N. d.

106) L. 17. §. 1. L. 20. D. (6. 1.) L. 31. pr. D. (12. 1.) L. 35. 246. §. 1. D. (50. 16.) §. 3. Inst. (IV. 17.)

107) Sintenis, im Archiv für civil. Prax. Bd. XX, S. 80 flg. u. gem. Civilr. Bd. I, S. 414.

und Baumfrüchte und sonstigen Erzeugnisse Bestandtheile desselben, weil ihnen das selbstständige Dasein mangelt. bb) Machen verschiedene einzelne Grundstücke und Gebäude einen Gesammtbegriff aus, wie Gut, Haus, so hängt die Frage, ob die einzelnen Grundstücke und Gebäude Bestandtheile desselben sind, von ihrer Beziehung zu dem und dessen Zwecke ab, welches den Kern bildet[108]). Ob hier im Einzelfalle ein Grundstück als Bestandtheil oder als Pertinenz anzusehen sei, wird oft schwierig zu entscheiden sein; weniger schwierig ist es in Teutschland wegen der hier vorkommenden Einrichtung der geschlossenen Güter. Doch wird der Zweck, weshalb eine solche Frage entsteht, ebensowohl erreicht werden können, mag diese oder jene Eigenschaft feststehen[109]). cc) Als Bestandtheil eines Gebäudes ist alles anzusehen, was dazu erforderlich ist, daß das Gebäude als vollendet mit Rücksicht auf seine Bestimmung erscheine[110]), was sich aus der Natur und dem Begriffe eines Gebäudes im Vergleich zu dem Baumaterial und der sonst dazu gelieferten Arbeit der Baugewerke ergiebt[111]). Dabei ist eine unzertrennliche Verbindung dieser Theile mit dem Gebäude nicht nothwendig[112]), sondern es entscheidet darüber deren Natur[113]). Dann ist alles Bestandtheil eines Gebäudes, was unzertrennlich mit ihm verbunden ist und wenigstens auf seinen Zweck Bezug hat[114]). Dagegen kann die bloße feste Verbindung solcher Sachen, welche in keiner Weise in irgend einem Zusammenhange mit dem Zwecke des Gebäudes stehen, dieselben nicht zu Bestandtheilen desselben machen[115]). dd) Nach gleichen Grundsätzen, wie bei den Gebäuden, ist wegen Gleichheit des Verhältnisses zu beurtheilen, was Bestandtheil einer beweglichen Sache sei[116]). b) Feld=

---

108) Sintenis, gem. Civilr. a. a. O. S. 425.

109) Sintenis a. a. O. S. 425, N. 17.

110) Funke, Lehre von den Pertinenzen S. 43.

111) Vgl. L. 59. D. (6. 1.) L. 23. pr. D. (41. 3.) Sintenis, im Archiv für civil. Praxis Bd. XX, S. 94 flg.

112) Regelmäßig muß die Verbindung eine solche sein, wodurch, wenn die Sachen, welche verbaut werden, fremde wären, das Eigenthum durch Accession erworben würde.

113) Daher sind nicht blos Dachziegel (s. L. 30. §. 1. D. (41. 3.) und dazu Sintenis, im Archiv a. a. O. S. 91 flg.), sondern auch Thüren und Fensterflügel, die blos in Haspen oder Angeln hängen, Bestandtheile eines Hauses. L. 59. D. (6. 1.) Eine solche Verbindung führt jedoch nicht Erwerb des Eigenthums durch Accession herbei; es müssen daher solche Bestandtheile dann als Einzelsachen betrachtet werden, wenn es auf thatsächliche Verhältnisse ankommt, wie Besitz und Ersitzung.

114) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 96 flg. Die in den Quellen gebrauchten Ausdrücke für eine Verbindung dieser Art, wie aedium, aedificii est — domus portio (s. L. 17. pr. §. 3. L. 18. pr. L. 38. §. 2. D. (19. 1.) L. 12. §. 23. L. 17. §. 7. D. (33. 7.) L. 23. D. (41. 3.) weisen darauf hin. Siehe auch Funke a. a. O. S. 43, 87 flg.

115) Sintenis a. a. O. S. 96, N. 18 und gem. Civilr. Bd. I, S. 425, N. 20.

116) Sintenis, Civilr. S. 425, N. 21. Daher ist der Ladestock eben

und Baumfrüchte und sonstige Erzeugnisse, welche unter aa) bereits als Bestandtheile eines Grundstückes aufgeführt sind, fallen unter den Begriff der Früchte in einem weiteren über den natürlichen hinausreichenden Sinn in der Bedeutung als organische Erzeugnisse einer Sache, einen beweglichen sowohl, als einen unbeweglichen, insofern man um ihrer selbst willen und um sie von der Hauptsache zu trennen und als besondere bewegliche Sachen zu behandeln, die Hauptsache selbst hat, oder deren Zweck, Bestimmung und Natur dies mit sich bringt[117]). c) Die Abhängigkeit der einen Sache von der anderen kann endlich darauf beruhen, daß eine Sache dem Zwecke einer anderen, mit welcher sie in keiner festen Verbindung steht, dienen soll und kann, daß sie Pertinenz derselben ist[118]). Dieser Begriff ist schon seit langer Zeit, doch, wie es scheint, nicht vor dem 17. Jahrhundert, gangbar; er ist aber in verschiedener Bedeutung gebraucht worden. In den Quellen des römischen Rechtes werden die Bestandtheile und die Sachen, welche wir Pertinenzen nennen, nicht durch verschiedene Benennung bezeichnet[119]); wohl aber kommen zahlreiche Beispiele, bisweilen mit Bezug auf Regeln vor[120]); die Regeln sind aber wegen der gedachten Vermengung, welche zum Theil darauf beruht, daß die römischen Juristen nur die rein praktische Frage in Anwendung auf einzelne Fälle beant-

---

sowohl wie das Schloß Bestandtheil eines Gewehres, Rad und Deichsel Bestandtheile eines Wagens, nicht Pertinenzen. Wo es hingegen auf thatsächliche Verhältnisse ankommt, wie bei Besitz und Ersitzung, ist das, was trennbar oder gar nicht verbunden ist, als Einzelsache zu betrachten.

117) Vgl. darüber den Artikel Früchte, und zur Ergänzung desselben Heimbach iun., Lehre von der Frucht, Leipzig 1843, und dazu die Recension von Buchholtz, in den k. Jahrb. f. teutsche Ref. 1844 S. 503 flg. Wächter, Erört. H. I, S. 55—87. Hier sei nur noch erwähnt, daß nach teutschen Rechtsansichten der Eigenthumserwerb an Früchten schon vor der Separation möglich und also Separation und Perception nicht nöthig, der Erwerb vielmehr an die Vollendung der zur Fruchterzeugung nöthigen Arbeiten geknüpft ist, indem sie dann nach den mittelalterlichen Rechtsquellen als verdientes Gut angesehen werden. Sächs. Landr. B. 2, Art. 58, §. 1. B. 3, Art. 76, §. 5. S. Heimbach a. a. O. S. 271 flg., 282 flg. Es treten dadurch mehrere bedeutend abweichende Folgen hervor. Heimbach ebd. S. 285. Es zeigt sich dies nur bei den sog. Industrialfrüchten und in dem Falle, wenn Jemand vermöge eines dinglichen Rechtes zur Benutzung einer fremden Sache berechtigt ist, namentlich im Verhältnisse zum Eigenthümer der Sache nach Aufhörung des Nutzungsrechtes. In Partikularrechten, namentlich im königlich sächsischen und in dem der übrigen Länder sächsischen Rechtes, soweit letztere durch den thüringer Wald von Franken geschieden werden, hat sich diese teutsche Rechtsansicht erhalten. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 183. Heimbach, Lehrbuch des partik. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 183.

118) Vgl. den Art. Pertinenz.

119) Funke, Lehre von den Pertinenzen S. 22, 47, 68, 72 flg. Für beide werden die Ausdrücke: pars, quasi pars, portio sc. fundi oder aedium gebraucht.

120) Z. B. L. 245. D. (50. 16.) vgl. mit L. 41. §. 12. D. (30.) L. 15. §. 6. D. (7. 1.) L. 12. §. 16. 23. 25. D. (33. 7.) L. 17. pr. L. 38. §. 2. D. (19. 1.)

worteten, was zu einer Sache, namentlich zu Gebäuden, gehöre oder nicht, unzureichend, und für die Beispiele fehlt uns theilweise das rechte Verständniß, theilweise ist unsere Anschauung von vielen Dingen und Verhältnissen, wegen unserer abweichenden Gewohnheiten, Ansichten und Bedürfnisse von der der Römer verschieden, und endlich sind wohl bei uns die Vereinigungen einzelner Sachen mit einander weit mannigfaltiger als bei den Römern. Unsere Pertinenzlehre kann hiernach nicht auf das römische Recht zurückgeführt werden. Sie läßt sich dadurch begründen, daß man nach Absonderung der Gegenstände, welche damit verwechselt werden können und welche sich auf bestimmte Begriffe und Regeln zurückführen lassen, wie der Bestandtheile und Früchte, die übrigen Gegenstände genauer untersucht, welche in gegenseitigen Beziehungen als verbunden sich darstellen[121]). Da die Lehre von den Pertinenzen bereits hier bearbeitet worden ist, so beschränkt man sich jetzt auf folgende Bemerkungen. In Teutschland kommen Grundstücke als Pertinenzen anderer Grundstücke vor. Dann unterscheidet man das Hauptgut, Stammgut, den Haupthof, die Sohlstätte im Gegensatze der Pertinenzen, für welche der Name Spließe, Dependenzien vorkommt[122]). Einzelne Grundstücke, welche nicht als Pertinenzen anderer gelten, sondern für sich allein vererbt und veräußert werden, heißen fließendes oder walzendes Land, walzende Grundstücke. Das Pertinenzialverhältniß gewisser Grundstücke beruht auf dem in vielen Gegenden Teutschlands sehr gewöhnlichen Institut der geschlossenen Güter, welches häufig im Steuerinteresse, nicht minder aber auch im gutsherrlichen Interesse wegen der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten seinen Grund hat, wenn auch nicht in einem von beiden allein, indem abgesehen davon eine ungetheilte Vererbung und Veräußerung eines bestimmten Grundstückscomplexes auch partikularrechtlich durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführt sein kann. Wo die Einrichtung geschlossener Güter besteht, wird der Beweis der Pertinenzialeigenschaft gewisser Grundstücke leicht zu führen, oft gar nicht nothwendig sein, da die Eintragung in die Steuercataster, öffentliche Grund- und Lagerbücher darüber klare Maße giebt. Wo aber jene Einrichtung gesetzlich oder herkömmlich nicht besteht, muß die Pertinenzialeigenschaft besonders erwiesen werden, und dazu gehört der Beweis der Absicht des ersten oder eines späteren Besitzers, ein Grundstück einem anderen einverleiben zu wollen (animus incorporandi)[123]). Diese Absicht ist entweder ausdrücklich und auf eine bindende Weise, sei es durch Testament, Fideicommißstiftungsact, Vertrag, ausgesprochen oder nicht. Im ersten Falle genügt die solchergestalt getroffene ausdrückliche Anordnung; im

121) Dies hat Funke gethan und ihm ist auch Sintenis, gem. Civilr. S. 430 flg. gefolgt, sowie auch der Verfasser des Artikels Pertinenzen.
122) Maurenbrecher, teusches Privatr. §. 185.
123) Maurenbrecher a. a. O. §. 187.

zweiten Falle hat derjenige, welcher die Pertinenzeigenschaft behauptet, solche zu erweisen. Zunächst entscheiden bei abgeleiteten Besitzrechten die Leihebriefe, bei vollem Eigenthum die Kaufbriefe; dann, oder wenn der Besitzer voller Eigenthümer ist, die Grundbücher (auch Flur-, Saal- und Lagerbücher, Urbarien), welche öffentliche Urkunden sind. Existiren besondere Pertinenzregister, so geben diese über die Pertinenzeigenschaft, soweit sie von dem Willen des letzten Eigenthümers abhängt, vorausgesetzt, daß sie in gehöriger Form sind, vollen Beweis, weil sie, nach seiner Angabe abgefaßt, als seine eigene Erklärung über seine Absicht gelten können; in sonstigen Fällen können sie nur als Zeugnisse des Eigenthümers in eigener Sache betrachtet werden [124]. Den Steuerregistern und landesherrlichen Rentbüchern diese Beweiskraft zu versagen, ist kein Grund vorhanden, weil solche von öffentlichen Beamten errichtet werden; und daß diese Beamten landesherrliche oder fiscalische sind, kann dagegen nicht in Betracht kommen. Dagegen ist es anders bei gutsherrlichen Rentbüchern, weil diese in der Regel von Personen, welche in Privatdiensten des Gutsherrn stehen, abgefaßt werden; sie allein können nicht beweiskräftig sein [125]. Fehlen solche Quellen und ist der animus incorporandi aus den Handlungen des Eigenthümers zu folgern, so hat die Sache ihre großen Schwierigkeiten. Das gemeine Recht hat keinen bestimmten Grundsatz, welche Handlungen hier als maßgebend anzusehen seien. Zwar finden sich im römischen Rechte Bestimmungen, aus denen man ableitet, daß im Zweifel die Pertinenzeigenschaft aus der Benutzung des bisherigen Eigenthümers beider Grundstücke, aus gemeinschaftlicher Benennung, Rechnungsführung und dergleichen Umständen zu erkennen sei [126]. Allein diese beziehen sich fast sämmtlich auf letztwillige Zuwendungen und deren Auslegung. Daß bei diesen die erwähnten Momente für die Auslegung des Willens des Testators einflußreich sind und sein müssen, ist nach den einschlagenden Stellen nicht zu bezweifeln; keineswegs kann aber daraus abgeleitet werden, daß sie überhaupt für die Pertinenzqualität entscheidende Handlungen sind, um so weniger als bei Vermächtnissen ohnehin sich eine dem Legatar günstige Auslegung rechtfertigt, weil der Testator schon durch die Anordnung des Legates zeigt, daß er das Grundstück dem Legatar vor dem Erben gönne. Daher wird bei Veräußerungen

---

124) Maurenbrecher ebd.

125) A. M. ist Maurenbrecher a. a. O., welcher den Steuerregistern und landesherrlichen oder gutsherrlichen Rentbüchern volle Beweiskraft abspricht, weil sie meist einseitig vom Rentherrn abgefaßt werden. Bei gutsherrlichen Rentbüchern, welche vom Gerichtsverwalter abgefaßt sind, verleiht dessen richterliche Eigenschaft, wenn sie auch an und für sich hier nicht in Betracht kommt, wo er als Mandatar des Gutsherrn erscheint, doch immerhin größere Glaubwürdigkeit.

126) L. 31. L. 91. §. 1. 3—6. D. (32.) L. 20. §. 7. L. 27. §. 5. D. (33. 7.) L. 24. §. 2. 3. D. (30.) L. 12. D. (10. 1.) L. 60. D. (50. 16.) Sintenis a. a. O. S. 431.

die Sache anders stehen, als bei Vermächtnissen; hier ist eine Auslegung zu Gunsten des Erwerbers nicht am Orte[127]). Man kann daher gemeinsame Vererbung und Veräußerung oder gemeinsame landwirthschaftliche Benutzung ebensowenig für maßgebend achten, als die Einzäunung oder Belastung mehrerer Grundstücke mit Einem dinglichen Rechte[128]). 4) Die Eintheilung der Sachen in solche, welche von Natur Eins sind, in solche, welche künstlich zusammengesetzt sind, und Begriffganze[129]) hat nur in Bezug auf die Ersitzung Einfluß, keine systematische Bedeutung. Die erste Art nämlich hat nur in Ansehung der Möglichkeit, daß mehrere Rechte an derselben Sache neben einander statthaft sein können, rechtliches Interesse. Die zweite Art, welche als Ganzes auch nur Eine Sache ist[130]), ist in verschiedenen rechtlichen Beziehungen von Interesse und weicht von der dritten darin ab, daß von einer Sache die übrigen abhängig sind. Dagegen ist die dritte Art, die universitates rerum[131]), im Gegensatze der Einzelsachen noch besonders zu erwähnen. Die früher herrschende Ansicht über die universitates rerum war folgende. Man verstand darunter den Inbegriff mehrerer, für sich bestehender, physisch unter einander nicht zusammenhängender Sachen, welche unter Einem Namen und in Einem Begriffe zusammengefaßt werden, und (wie die Meisten hinzusetzen) als Ein Ganzes zu behandeln sind. Seit langer Zeit unterschied man eine iuris universitas, d. h. Inbegriff von Sachen oder Rechten, welche das gesammte Vermögen eines Menschen oder einen unter einem anderen gesetzlichen Begriffe stehenden Theil davon ausmachen, welcher Inbegriff nach den Gesetzen als Ein Ganzes zu betrachten und zu behandeln sei und als solches unter besonderen Rechtsgrundsätzen stehe; und eine universitas facti s. hominis (welche Manche allein universitas rerum

127) L. 52. §. 3. D. (19. 1.) kann nicht dagegen angeführt werden; denn dort war das Haus ausdrücklich verkauft worden: uti ab eo possessa domus fuit; daraus folgte von selbst, daß auch der vom Verkäufer vorher mit dem Hause verbundene künstliche Damm am Meeresufer mit verkauft sein sollte.

128) Maurenbrecher a. a. O.

129) L. 30. pr. D. (41. 3.) Vgl. über diese Eintheilung Sintenis a. a. O. S. 433, N. 59.

130) L. 23. pr. D. (41. 3.)

131) Universitas bedeutet in den Quellen: 1) zusammengesetzte Sachen der im Texte gedachten zweiten Art, L. 23. pr. D. (41. 3.) welche auch cohaerentia corpora genannt werden, L. 23. §. 5. D. (6. 1.); 2) ein Ganzes im Gegensatze zu idealen Theilen, L. 30. D. (10. 2.); 3) mehrere einzelne Sachen, welche juristisch als eine Einheit angesehen werden, L. 70. §. 3. D. (7. 1.), welche deshalb auch corpora, quae ex distantibus corporibus constant und uni nomini subiecta sunt, genannt werden, z. B. eine Heerde, L. 30. pr. D. (41. 3.); 4) einen Inbegriff von Sachen und Rechten aller Art, welche sich auf eine bestimmte Person beziehen, wie Vermögen, Erbschaft, L. 208. D. (50. 16.) L. 3. pr. D. (37. 1.), castrensisches Peculium, L. 20. §. 10. D. (5. 3.) S. Buchholz, Versuche S. 39 flg. Sintenis a. a. O. S. 433, N. 60. Nur die beiden letzteren Begriffe sind seit langer Zeit in der Wissenschaft als solche angesehen worden, für die als universitates besondere Grundsätze einträten.

nennen), d. h. ein Inbegriff mehrerer blos körperlicher Sachen (von gleicher Art, wie Manche hinzusetzen), welche als Ganzes unter einem Collectivnamen factisch zusammengefaßt werden (und, wie Einige hinzusetzen, wenigstens in einigen rechtlichen Beziehungen wohl auch als ein Ganzes in Betracht kommen), wie eine Bibliothek, Heerde, ein Waarenlager, Inventar eines Landgutes[132]). Die universitates facti theilte man wohl auch wieder in univ. rerum distantium und univ. rerum cohaerentium, unter welchen letzteren künstlich zusammengesetzte Sachen verstanden wurden. Als iuris universitates betrachtete man das gesammte Vermögen einer Person, die Peculien, und nach der Ansicht Einiger auch die dos. In rechtlicher Hinsicht nahm man folgenden wichtigen Unterschied zwischen universitates iuris und facti an: a) bei der iuris universitas gelte der Grundsatz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei[132a]), d. h. Sachen, welche mit dem zu einer univ. iuris gehörigen Gelde gekauft werden, gehören wieder zur univ. iuris, stehen ganz unter dem Rechtsverhältnisse derselben und können von demjenigen, welcher ein Recht an der universitas habe, gefordert werden, und umgekehrt tritt das aus der Veräußerung einer zur univ. iuris gehörigen Sache gelöste Geld an die Stelle der Sache; bei der univ. facti hingegen sei dieser Grundsatz nicht anwendbar; b) derjenige, welchem eine univ. iuris gehöre, könne dieselbe von dem unberechtigten Besitzer derselben mit einer Universalklage abfordern; bei der univ. facti gebe es eine solche dingliche Universalklage nicht; c) nach Manchen[133]) soll der Unterschied auch noch bei der Lehre von der Gewährleistung für rechtliche und physische Fehler einer veräußerten Sache praktisch wichtig sein. Allmälig wurde von Einzelnen das Unrichtige jener Unterscheidung eingesehen und daher in etwas beschränkt, im ganzen aber doch der Unterschied beibehalten[134]). Zuerst wurde sie von Mühlenbruch angegriffen[135]), dann von Hasse[136]), später ausführlicher wieder von Mühlenbruch[137]) und Wächter[138]), und von den meisten neueren Civilisten wird jene Ansicht in ihren Grundgedanken

---

132) Dieser Unterschied entspricht den unter N. 3 und 4 der vorigen Note angeführten Bedeutungen des Wortes universitas.

132a) Die Veranlassung zu dieser Regel liegt in folgenden Worten der L. 22. D. (5. 3.) quia potest existimari, in locum rei hereditariae venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.

133) Thibaut, Pandektenr. §. 482. Reyscher, würtemb. Privatr. §. 416, N. 7.

134) So von Thibaut a. a. O. §. 175. Mackeldey, Instit. §. 150 und selbst von Warnkönig, im Archiv für civil. Prax. Bd. XI, S. 160—204, obgleich derselbe sonst schätzbare Bemerkungen hier giebt. S. Wächter, Erört. H. 1, S. 3.

135) Mühlenbruch, Observ. iur. Rom. Spec. I. (1818) c. 1.

136) Hasse, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 1 flg.

137) Mühlenbruch, im Arch. für civil. Praxis Bd. VII, S. 321 flg.

138) Wächter, Erört. H. 1, N. 1. S. 1—35.

verworfen[139]). In den Quellen des römischen Rechtes findet sich die gedachte Eintheilung der universitates nicht. Bei einem Inbegriff mehrerer Sachen im weiteren Sinne ist es natürlich von rechtlicher Bedeutung, ob, wenn vermögensrechtliche Beziehungen von mehreren Sachen oder von Sachen und Rechten in Frage sind, diese in der Art rechtlich in gewisser Hinsicht ein Ganzes bilden, daß die Rechtsverhältnisse die juristische Natur des Ganzen bei Wechseln und Veränderungen der einzelnen dazu gehörigen Stücke unverändert bleiben und mehr nur das Ganze, der Begriff, als die darunter begriffenen einzelnen Stücke in Betracht kommt (sog. Begriffsganze, Sachgesammtheiten, Gesammtsachen). Unerheblich aber in rechtlicher Hinsicht ist in Bezug auf die Natur des Ganzen, ob eine Sachgesammtheit blos körperliche Sachen, oder ob sie körperliche Sachen und Rechte enthält; zwischen beiden Klassen von Fällen ist kein durchgreifender, allgemeiner, wesentlicher Unterschied in den Rechtsverhältnissen, namentlich sind die vorher angegebenen durchgreifenden Verschiedenheiten, welche nach der früher herrschenden Ansicht bei der einen Klasse im Gegensatze zu der anderen Klasse gelten sollen, unbegründet[140]). Denn a) ist unrichtig, daß die Regel: res succedit in locum pretii etc. bei der univ. iuris gelte und ihr eigenthümlich sei. Zwar können bei Sachgesammtheiten im gewissen Grade, bald mehr, bald weniger, nach ihrer besonderen Natur Surrogirungen stattfinden; dies ist aber keine Eigenthümlichkeit der univ. iuris und gilt namentlich nicht bei ihnen in dem behaupteten Umfange. Das Geld, was wir durch Veräußerung von Sachen, welche zu unserem Vermögen gehören, lösen, gehört natürlich wieder zu unserem Vermögen; eine Verfügung über unser ganzes Vermögen ergreift auch den später dazu gemachten Erwerb. Dies ist aber keine juristische Eigenthümlichkeit des Vermögens, sondern folgt daraus, weil Vermögen Alles umfaßt, was Jemand hat, und der neue Erwerb wieder zu dem gehört, was er hat. Dasselbe gilt bei jedem Zusammenfassen gewisser Klassen von Gegenständen, sobald das Erworbene die Eigenschaft der Klasse hat, mithin auch bei der univ. facti. Das Vermächtniß des fundus instructus begreift auch das aus dem Verkauf der auf dem Landgute befindlichen Bücher vom Testirer gelöste und zu seinem etwaigen Gebrauche dort niedergelegte Geld[141]); auch hier tritt insofern pretium in locum rei, d. h. das Geld gehört eben zu dem auf dem Land-

---

139) Vgl. Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen Th. II, S. 28 flg. und in der Zeitschr. f. Civil- u. Criminalrecht Bd. I, S. 114 flg. Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 76, 5 Aufl. Vangerow, Pandekten §. 71. Schilling, Institut. Bd. II, §. 62. Puchta, Institut. Bd. I, S. 492 flg. Savigny, Syst. d. heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 378, 384. Bd. III, S. 14 flg. Kierulff, gem. Civilr. Bd. I, S. 320. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, §. 41, N. 60, S. 433—436.

140) Vgl. Wächter a. a. O. S. 4 flg., dem man hauptsächlich gefolgt ist.

141) L. 12. §. 27. D. (33. 7.) L. 64. D. (32.)

gute zum Gebrauche des Testirers Befindlichen und ist nun Gegenstand des Legates. Die Surrogatsnatur des neu Erworbenen ist blos eine natürliche Folge des allgemeinen Ausdruckes, mit welchem der Gegenstand des Rechtsverhältnisses bezeichnet wurde und ist nur bei Verfügungen über das Vermögen auf diese Weise, blos darum von ausgedehnterer Beziehung, weil Vermögen Alles umfaßt, was man hat und erwirbt. Im übrigen aber tritt bei dem Vermögen nichts Eigenthümliches ein, und es gilt bei ihm über jene Grenze hinaus keinesweges als etwas Eigenthümliches die Regel: res succedit in locum pretii und umgekehrt; z. B. gilt sie nicht, wenn der Verwalter eines ganzen fremden Vermögens dem Eigenthümer dasselbe vorenthält[142]). Manche Vertheidiger der älteren Ansicht beschränkten daher jene Regel blos auf die successio per universitatem, namentlich auf Erbschaften. Allein auch hier gilt sie nicht in dieser Weise, nicht als bestimmender und leitender Grundsatz. Zwar gelten hier besondere Grundsätze, aber blos folgende: aa) wenn ein unbefugter Besitzer einer Erbschaft Sachen, welche dazu gehören, veräußert, so kann der wahre Erbe mit der hereditatis petitio auch den Erlös verlangen[143]). Aber auch hier gilt jene Regel nicht allgemein, und ebensowenig kann aus derselben jenes Resultat abgeleitet werden. Es soll nämlich der unbefugte Besitzer einer Erbschaft nichts vom fremden Gute gewinnen, aber, wenn er redlicher Besitzer ist, auch keinen Schaden leiden, dagegen als unredlicher Besitzer für jede Verminderung haften. Daraus, aber nicht aus der Regel: pretium succedit in locum rei, und nicht aus einer besonderen Natur der univ. iuris, folgte die Verpflichtung des redlichen Besitzers zur Herausgabe des erhobenen Preises, aber nur weil und soweit er dadurch noch bereichert ist[144]), weil er durch den unbefugten Besitz der Erbschaft nichts gewinnen soll; und die Verpflichtung des unredlichen Besitzers, wegen seiner Unredlichkeit unbedingt für die Veräußerung zu haften. Bei ihm tritt der gelöste Preis so wenig an die Stelle der veräußerten Sache, daß zunächst nicht der gelöste Preis, sondern die Sachen selbst, sofern sie noch da sind, mit den Nutzungen Klaggegenstand sind[145]) und daher der Beklagte für ihre Herbeischaffung zu sorgen hat, und wenn er sie nicht herbeischaffen kann, deren vollen durch das iusiurandum in litem festzustellenden Werth zahlen muß, wenn nicht der Kläger statt dessen sich mit Einforderung des eingehobenen Preises nebst Zinsen begnügt[146]). Auch tritt so wenig der gelöste Preis an die Stelle der veräußerten Sache, daß der Erbe die Sache von dem dritten Besitzer verlangen kann[147]), nur mit einer Beschränkung, wenn der redliche

142) Wächter a. a. O. S. 5 flg.
143) L. 16. §. 5. L. 20. §. 6. L. 22. 29. D. (5. 3.)
144) L. 25. §. 11. 17. L. 23. pr. D. (5. 3.)
145) L. 20. §. 12. D. (5. 3.)
146) L. 20. §. 2. 12. 16. 21. L. 33. §. 1. D. (5. 3.)
147) L. 13. §. 4. D. (5. 3.) L. 2. fin. C. (III. 31.)

Besitzer veräußerte, weil dieser sonst durch die auf Evictionsleistung gerichtete Klage des Dritten Nachtheil erleiden könnte [148]), und daß er, wenn die Sache wieder in die Hände des Besitzers der Erbschaft gelangt, bei dem unredlichen Besitzer die Wahl zwischen Sache und Preis hat, und vom redlichen Besitzer die Sache annehmen muß, jedoch weil dieser keinen Gewinn haben soll, so, daß dieser noch dasjenige, was er außerdem durch den früher erlösten Preis gewonnen hat, noch dazu herausgeben muß [149]). b) Schafft der Besitzer der Erbschaft Sachen für dieselbe und im Interesse derselben an, so kann der Erbe auch diese fordern; dennoch wäre es unrichtig, wenn man dies ausdrücken wollte: res succedit in locum pretii; denn selbst wenn der Besitzer diese Sachen mit seinem eigenen Gelde anschaffte, gebühren sie dem Erben, welcher jedoch Ersatz für das Geld geben muß. Der Erbe kann aber auch statt der mit dem Erbschaftsgelde gekauften Sachen das Geld verlangen, soweit nicht dadurch der redliche Besitzer Schaden leiden würde oder der Erwerb für die Erbschaft nothwendig war; wenn aber der Erbschaftsbesitzer von dem Erbschaftsgelde Sachen für sich erkaufte, so kann der Erbe dieselben nicht verlangen [150]). Ebensowenig gilt der Satz: res succedit in locum pretii etc. bei den anderen angeblichen Klassen der univ. iuris, bei den Peculien und bei der dos. Nur ist in Ansehung der Peculien damit nicht die natürliche Bestimmung zu verwechseln, daß das von einem Hauskinde aus den Mitteln eines bestimmten Peculiums Angeschaffte wieder gerade zu diesem bestimmten Peculium gehört [151]). Besitzt z. B. ein unbefugter Dritter das Peculium eines Hauskindes und verkauft Sachen aus demselben oder erwirbt Sachen mit dem dazu gehörigen Gelde, so werden die gekauften Sachen und die erworbenen Gelder nicht Peculium des Kindes; das Kind kann zwar nach den Umständen Ersatz für das Fehlende fordern, keineswegs aber das dafür Erworbene als Eigenthum beanspruchen. Ebensowenig wird das vom Ehemanne mit Dotalgeldern Erkaufte Dotalsache, noch tritt an die Stelle einer veräußerten Dotalsache das dafür eingehobene Geld. Ueberhaupt ist der von Manchen [152]) an die Lehre von den universitates angeknüpfte Grundsatz über Surrogate, daß in der Regel Surrogate an die Stelle des Dinges treten, welchem sie surrogirt sind, und dessen Natur annehmen (surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatum est), viel zu allgemein. Zunächst kommt es hierbei darauf an, was unter Surrogirung verstanden wird, ob ein absichtliches Setzen einer Sache an die Stelle einer anderen, oder blos das Erwerben einer Sache für eine andere ohne die bestimmte Absicht, daß im bestimmten Rechts-

---

148) L. 25. §. 17. D. (5. 3.)
149) L. 22. D. (5. 3.)
150) L. 20. pr. §. 1. 6. D. (5. 3.)
151) L. 1. C. (XII. 37.)
152) Z. B. Thibaut, Pandektenr. §. 175.

verhältnisse erstere an die Stelle letzterer treten soll. Auch in der Beschränkung auf den ersteren Fall ist der Satz in seiner Allgemeinheit unrichtig und jedenfalls ohne besondere Beziehung auf die univ. iuris im Gegensatze der univ. facti. Allerdings giebt es Fälle, wo eine Sache an die Stelle einer anderen in rechtlicher Hinsicht gesetzt werden kann, sie rechtlich als eigentliches Surrogat der anderen gilt, und in solchen Fällen findet jener Grundsatz allerdings Anwendung. Allein das für einen Gegenstand Empfangene oder an dessen Stelle Gesetzte gilt keineswegs allgemein blos dadurch schon rechtlich als Surrogat jenes Gegenstandes; vielmehr wird dazu, daß dieses der Fall sei, noch der Eintritt besonderer Voraussetzungen erfordert, nämlich entweder eine Uebereinkunft der Parteien über die Surrogirung oder besondere gesetzliche Bestimmung. Der einseitigen Handlung dessen, welcher für sich eine solche Surrogirung vornimmt, kann rechtlich die Wirkung einer wahren Surrogirung nur dann beigelegt werden, wenn er aus besonderen Gründen zur einseitigen Surrogirung befugt ist. Dies ist besonders da der Fall, wo überhaupt Alles vom einseitigen Willen des Disponenten abhängt, bei letztwilligen Verfügungen [153]; ferner wird ein rechtliches Surrogat bei gewissen einseitigen Surrogirungen des Usufructuars, zu deren Vornahme er befugt und verpflichtet ist, begründet [154]. Am häufigsten aber und gewöhnlich beruhen giltige Surrogirungen auf der Uebereinkunft der Parteien [155]. Wo es aber an solchen besonderen gesetzlichen Bestimmungen oder an der Vereinigung der Parteien fehlt, kann durch eine einseitige Surrogirung die surrogirte Sache nicht in das Rechtsverhältniß derjenigen treten, an deren Stelle sie gesetzt werden soll. Der an den Satz von den Surrogaten von Manchen [156] angeknüpfte weitere Grundsatz, daß gegen jeden, welcher mit dem Schaden eines Anderen bereichert worden sei, lediglich aus diesem Grunde dem Anderen eine in factum actio auf Entschädigung zustehe, ist in seiner Allgemeinheit unrichtig, und steht mit einer Reihe von Entscheidungen der römischen Rechtsquellen ebenso in Widerspruch, als er, wollte man ihm in seiner Allgemeinheit praktische Anwendbarkeit einräumen, durch seine Folgen sich als unanwendbar darstellen würde [157]. c) Der zweite

153) S. z. B. L. 64. D. (32.)

154) L. 68. §. 2. L. 69. 70. §. 2. 3. D. (7. 1.)

155) So kann durch eine solche Vereinigung an der Stelle einer veräußerten Dotalsache das eingehobene Geld, an der Stelle des zum Ankaufe einer Sache verwendeten Dotalgeldes, diese Sache Dotaleigenschaft erhalten. L. 25—27. D. (23. 3.) L. 21. D. (23. 4.) Ebenso gehört hierher der sog. Eisernviehcontract, wodurch der eine Contrahent zur rechtlichen Surrogirung befugt und verpflichtet wird.

156) Thibaut, Pandektenrecht §. 175, besonders aber Sell, Versuche Th. I, S. 1—140.

157) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. III, S. 451. Kori, Erört. Bd. I, S. 1 flg. Kämmerer, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. VIII, S. 154 flg. Wächter a. a. O. S. 11 flg.

angegebene Unterschied zwischen univ. iuris und facti ist ebenfalls unbegründet. Dingliche Universalklagen für univ. iuris überhaupt und im Gegensatze zu den univ. facti giebt es nicht. Nur bei einer Erbschaft gilt das Besondere, daß man sie vom unbefugten Besitzer mit einer dinglichen Universalklage fordern kann. Dagegen ist in anderen Fällen, in welchen es sich vom unbefugten Besitze eines Vermögens handelt, eine solche Klage unstatthaft. Es giebt zwar nach Umständen persönliche Universalklagen auf Herausgabe des in den Händen eines Unberechtigten befindlichen Vermögens, wenn derselbe dem Kläger persönlich verpflichtet ist, wie z. B. die tutelae actio, die mandati actio. Allein darin liegt durchaus kein praktischer Unterschied zwischen der sog. univ. iuris und facti. Denn auch eine univ. facti kann man mit einer persönlichen Klage von dem uns persönlich Verpflichteten fordern. Eine dingliche Universalklage aber zur Herausgabe eines Vermögens, welches ein Unbefugter ganz oder theilweise besitzt, giebt es außer dem Erbrechte nicht, man muß hier die einzelnen Sachen vindiciren. Auch bei Verkäufen oder Schenkungen des Vermögens hat der Käufer nur die persönliche Verkaufsklage, der Schenknehmer nur die persönliche Schenkungsklage auf Uebergabe der einzelnen Sachen und auf Cession der Forderungen, und was auf diese Weise vom ganzen Vermögen gilt, gilt auch von Quoten und Klassen desselben, mithin auch von Peculien [158]. d) Die angebliche dritte praktische Verschiedenheit zwischen univ. iuris und facti ist unrichtig, wie sich aus einer Gesetzstelle [159]) ergiebt, nach welcher das in jenen Beziehungen bei einem Peculium (also einer sog. univ. iuris) Giltige ebenso auch bei einem gekauften instrumentum fundi (einer sog. univ. facti) gelten soll, mithin im Gegensatze zwischen diesen beiden universitates auch hier nicht stattfindet. Es ist daher die ganze Unterscheidung verwerflich. Sie ist aber auch nicht erschöpfend. Denn es kann auch Begriffsganze geben, welche aus bloßen unkörperlichen Sachen bestehen, und welche die Vertheidiger der Unterscheidung weder zu den univ. iuris, noch, da sie unter den univ. facti blos körperliche Sachen begreifen, zu den letzteren zählen [160]). Es kommt

---

158) L. 56. D. (6. 1.) L. 5. 6. pr. D. (33. 8.) Mühlenbruch a. a. O. S. 340 flg., 363. Wächter a. a. O. S. 13 flg.

159) L. 33. pr. D. (21. 1.)

160) Z. B. L. 77. §. 16. D. (21.) mensae negotium; L. 64. D. (32.) calendarium; also sämmtliche außenstehende Forderungen, ein Handelsgeschäft mit allen Activen und Passiven. Wächter a. a. O. S. 14, N. 7. Dagegen hält Sintenis a. a. O. S. 435 in der Anm. universitas rerum für keinen richtigen allgemeinen Begriff und leugnet, daß eine sog. univ. facti, vorausgesetzt, daß Sacheneinheit damit gleichbedeutend sein soll, aus anderen als aus körperlichen Sachen bestehen könne. Die für die Möglichkeit, daß Begriffsganze auch blos unkörperliche Sachen enthalten, citirten Stellen kann er zwar nicht wegleugnen; er meint aber, sie beweisen so wenig wie die römische Eintheilung in res corporales und incorporales, daß wir in unserem Sachenrechte einen so allgemeinen Begriff der univ. rerum aufstellen durften.

vielmehr, wenn mehrere Sachen im weiteren Sinne Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind, blos darauf an, ob und in wie weit sie in gewissen Beziehungen nach der besonderen Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses als Ein rechtliches Ganzes — als sachliche Begriffsganze oder Sachgesammtheiten — zu behandeln sind, auf welche Frage aber die Art und Gattung der einzelnen Sachen an sich keinen durchgreifenden Einfluß hat. — Die Sachgesammtheiten sind zu unterscheiden von den Gattungssachen (genera). Mühlenbruch scheint beide theilweise verwechselt zu haben, wenn er die Begriffsganzen (universitates rerum) als Fälle des genus anführt, „sofern nämlich nicht die einzelnen darin befindlichen Dinge den Gegenstand eines Rechtes oder Anspruches bilden, sondern ein der Individualität nach unbestimmter Complex von Rechten und Sachen" [161]). Zwar kann ein wahres genus, unter einem Collectivnamen zusammengefaßt, Gegenstand des Verkehres sein, welchenfalls es aber ein eigentliches Begriffsganze nicht bildet, z. B. wenn Jemand die Lieferung von 100 spanischen Schafen um einen bestimmten Preis verspricht. In einem solchen Falle ist aber kein bestimmtes Begriffsganze in Frage, sondern nur eine gewisse Zahl von, unter einem Collectivnamen zwar zusammengefaßten, aber nicht durch diesen, sondern durch ganz allgemeine Gattungsmerkmale näher bestimmten Stücken. Bei den Begriffsganzen, den Sachgesammtheiten, aber handelt es sich stets von einem individuell bestimmten Ganzen (meine Heerde, meine Bibliothek, mein Vermögen, im Gegensatze zu jedem anderen). Es sind zwar hier die einzelnen darin begriffenen Sachen nicht speciell bezeichnet und es ist bei ihnen nach der Natur des Ganzen bis zu einem gewissen Grade ein Wechsel möglich; aber das Ganze ist nicht blos ein genus, etwas blos nach allgemeinen Gattungsmerkmalen Bestimmtes; es bildet nicht etwas Vertretbares, wie die Gattungssache, sondern ist als Ganzes eine species, nicht ein der Individualität nach unbestimmter, sondern ein der Individualität nach bestimmter Inbegriff von Rechten und Sachen. Denn der Complex als solcher ist individuell bestimmt, so daß er von jedem anderen Complex sich genau unterscheiden läßt, und es nicht einer Auswahl oder Ausmittelung und näheren Bestimmung desselben, wie bei dem genus, bedarf. Selbst die einzelnen unter dem Ganzen enthaltenen Sachen sind durch die Bestimmung des Ganzen genau, wenn auch nicht individuell bestimmt; die einzelnen Stücke sind nicht, wie bei dem genus, erst näher zu bestimmen und auszumitteln, und wenn eine Theilung in Frage ist, so treten nicht die Grundsätze vom genus, sondern die von der species ein. Nur ist nach Umständen unter den einzelnen Sachen bis zu einem gewissen Grade Vertretbarkeit zulässig, je nach der Natur des Begriffsganzen und den Verhältnissen, unter welchen es steht. Aber auch dies findet in der Regel nicht statt, wenn ein Dritter auf die Leistung des Ganzen ein festes Recht erworben hat. Wenn z. B. Jemand

---

161) Mühlenbruch, Pandektenr. §. 220, lit. b.

an einen Anderen seine Heerde oder seine Bibliothek um einen bestimmten Preis verkauft, so treten hier zwar theilweise die Grundsätze von den Sachgesammtheiten ein; aber die Heerde, die Bibliothek selbst ist kein genus, sondern eine species; es ist gerade die bestimmte Heerde, die der Verkäufer besaß, verkauft, eine andere kann nicht an ihre Stelle gesetzt werden, und von Zeit des Verkaufes an ist auch in Bezug auf die einzelnen Stücke eine Substitution anderer unstatthaft. Vermacht Jemand dem Anderen seine Heerde, so ist allerdings nur das Ganze als solches Gegenstand des Vermächtnisses, und das später bis zu des Testirers Tode zur Heerde Hinzukommende oder ihr überhaupt Substituirte fällt, sobald es einen Theil der Heerde bildet, unter das Legat; aber auch hier ist kein genus vermacht, sondern eine species, ein Ganzes, welches als solches individuell bestimmt ist, nicht eine nach bloßen allgemeinen Gattungsmerkmalen bestimmte Sache, die aus dieser Gattung erst nach dem Ableben des Testirers auszuwählen wäre, wie bei dem genus. Daher müssen auf bestimmte Sachgesammtheiten die Grundsätze von der species, nicht die vom genus, angewendet werden, weshalb sie die Quellen durch certa species, certum corpus bezeichnen[162]). — Ein solches Begriffsganze, wenn es auch blos aus körperlichen Sachen besteht, ist doch scheinbar etwas Unkörperliches, d. h. das Ganze, als solches gedacht, ist nicht körperlich. Deshalb kann man aber doch nicht solche Sachgesammtheiten zu den unkörperlichen Sachen zählen. Denn im Grunde werden durch eine Gesammtheit jener Art eben körperliche Sachen bezeichnet, bei welchen nur in gewissen Beziehungen besondere Rechtsverhältnisse eintreten, weil sie in denselben als Gesammtheit behandelt werden müssen. Namentlich ist Besitz und dingliches Recht nur an den einzelnen körperlichen Sachen, welche im Begriffsganzen selbst enthalten sind, statthaft. In Bezug auf den Besitz ist dies eben so natürlich, weil das Begriffsganze als etwas Ideales nicht besessen werden kann, als bestimmt durch die Gesetze anerkannt[163]). Streitig ist es dagegen in Ansehung des Eigenthums und Pfandrechtes. Das Eigenthum an Gesammtsachen anlangend, so unterscheiden Manche[164]) in dieser Beziehung zwischen Eigenthum, Besitz und Ersitzung, und lassen das Eigenthum an einer universitas rerum distantium als einer Sache zu, daher auch die Vindication derselben, z. B. einer Heerde[165]); Besitz und Ersitzung nehmen sie aber nur an den einzelnen Sachen an, weil der Besitz als ein rein physisches Verhältniß behandelt werde und die Detention sowohl, als der animus sibi habendi z. B. bei einer Heerde

---

162) L. 30. §. 4. D. (35. 2.) L. 34. §. 4. 5. L. 51. D. (30.) Vgl. Wächter a. a. O. S. 15—17.

163) L. 30. §. 2. D. (41. 3.)

164) Warnkönig, im Archiv für civil. Praxis Bd. XI, S. 190, 195 flg. Sintenis a. a. O. S. 436.

165) Es wird sich wegen der Vindication auf L. 1. §. 3. D. (6. 1.) berufen.

mehr auf jedes einzelne Stück gerichtet sei, als auf das Ganze der Heerde; weshalb man durch Ersitzung einzelne Stücke, aber keine Heerde erwerbe; hinsichtlich des Interdictenbesitzes halten sie es für zweifelhaft, ob bei diesem dieselben Grundsätze anzuwenden seien und halten nur die Wahl für möglich zwischen Uebertragung des vom Verjährungsbesitze Geltenden auf den Interdictenbesitz oder zwischen Befolgung der Analogie der rei vindicatio; entscheide man sich für letzteres, so müsse man auch den Besitz der Heerde als eines Ganzen für möglich annehmen. Dies kann aber, wie Wächter[166]) sehr gut ausgeführt hat, nicht gebilligt werden. Abgesehen davon, daß man die Frage aufwerfen könnte, warum, wenn bei dem Besitze der animus sibi habendi mehr auf jedes einzelne Stück gerichtet sei, als auf das Ganze der Heerde, dies nicht auch bei dem Eigenthum stattfinde, und wie es mit dem, was die Gesetze von der Ersitzung bestimmen[167]), zu vereinigen sei, daß bei den Interdicten der Besitz der Heerde als eines Ganzen sollte für möglich gehalten werden können; liegt in den fraglichen Bestimmungen über Ersitzung bei universitates rerum distantium weder eine Schwierigkeit, noch eine Differenz. Wenn Jemand aus einzelnen ihm gehörigen Schafen eine Heerde bildet, so sagt man, die Heerde gehöre ihm; aber nicht die Heerde, der Begriff, ist Gegenstand seines Eigenthums, sondern die einzelnen ihm gehörigen Stücke, welche zusammen die Heerde ausmachen. Daß das römische Recht aber dennoch die Vindication einer Heerde als eines Ganzen zuläßt, geschieht nicht deshalb, weil es ein Eigenthum an einer idealen Sache anerkennt, indem es überall davon ausgeht, daß es im eigentlichen Sinne nur ein dominium rerum singularum gebe; sondern wegen des praktischen Bedürfnisses und zur Vereinfachung der Sache. Könnte die Heerde als Ganzes im Eigenthum einer Person sich befinden, so müßte das Eigenthum der einzelnen Stücke dabei ganz außer Berücksichtigung bleiben und der Eigenthümer müßte das Ganze selbst dann unvermindert behalten können, wenn ihm auch einzelne Stücke vom Ganzen nicht gehören sollten. Allein die Gesetze erklären sich ausdrücklich dagegen. Zwar heißt derjenige, welchem der größere Theil der zu einer Heerde vereinigten Thiere gehört, der Eigenthümer der Heerde; die Heerde gehört ihm aber nur, soweit er an den einzelnen Stücken Rechte erworben hat. Hieraus erklären sich die Bestimmungen des römischen Rechtes über Vindication einer Heerde[168]). Nach ihnen kann nur derjenige eine Heerde als Heerde vindiciren, welcher das Eigenthum an der größeren Zahl der dazu gehörigen Stücke erworben hat; die einzelnen nicht ihm, sondern dem Besitzer der Heerde gehörigen Stücke, werden von der Vindication der Heerde ausgenommen und abgezogen; er kann sonach nicht das Ganze als Ganzes so vindiciren, daß

166) Wächter a. a. O. S. 18 flg.
167) L. 30. §. 2. D. (41. 3.)
168) L. 1. §. 3. L. 2. 3. pr. D. (6. 1.)

ihm unbedingt das Ganze herausgegeben werden müßte, eben weil ihm nicht das Eigenthum des Ganzen als solchen zustehen kann; er kann es auch nicht so vindiciren, daß, wenn einzelne Stücke ihm nicht gehörten, er nun eine Quote des Ganzen vindicirte. Auch ist der Erwerb des Eigenthums an einem idealen Ganzen als solchem nicht möglich. Man kann nicht mit Warnkönig[169]) die Tradition einer Heerde als solcher als möglich annehmen, weil eine Heerde als universitas Gegenstand eines Kaufes sein könne[170]), und weil man in der acceptio rei venditae et traditae Tradition und Kauf immer zusammen genannt finde. Denn die fragliche Stelle hat blos die Frage über die Obligation zum Gegenstande und über die Perfection des Kaufes. Wenn eine bestimmte Heerde im Ganzen um Eine Summe verkauft wird, so bedarf es keiner näheren Bestimmung des Verkauften, keiner Auswahl, wie bei dem genus; der Kauf ist also sofort perfect, weil der Gegenstand schon genau bestimmt ist; blos dieses sagt die fragliche Stelle. Soll die Heerde übergeben werden, so sind eben die einzelnen Stücke zu übergeben, weil man ein Begriffsganze nicht als solches, sondern nur in den einzelnen Stücken übergeben kann; allerdings steht aber dem Käufer für alle einzelnen Stücke, mögen sie dem Verkäufer gehört haben oder nicht, die exceptio rei venditae zu, wenn der Verkäufer einzelne Stücke wieder zurückfordern wollte. Das Eigenthum jedoch, was man durch Uebergabe erwirbt, ergreift nur die einzelnen Stücke, welche wirklich übergeben wurden, ebenso wie der Besitz nur die einzelnen Stücke, welche man in die Gewalt bekommt, ergreift. Wird daher unter einer veräußerten Heerde ein dem Veräußerer nicht gehöriges Stück mit übergeben, so erwirbt der Empfänger an diesem Stücke das Eigenthum nicht, vielmehr kann es der Eigenthümer bei ihm vindiciren[171]); es wird also in allen diesen Beziehungen die Heerde nicht als ein juristisches Ganze behandelt[172]). Bei den Interdicten wird es ebenfalls zu halten sein, wie bei der Eigenthumsklage. Der Besitz ergreift nur die einzelnen Sachen, wie das Eigenthum. Wie aber unter gewissen Voraussetzungen die Vindication des Ganzen zulässig ist, obwohl nur die einzelnen Sachen vom Eigenthum erworben werden, so wird man unter denselben Voraussetzungen in Bezug auf die Gesammtheit der körperlichen Sachen ein Interdict anstellen können; liegen aber in Ansehung einzelner darunter begriffener Stücke die Voraussetzungen des Interdictes nicht vor, so wirkt in Bezug auf diese das Interdict nicht, sowie bei der Vindication des Ganzen die einzelnen Stücke, deren Eigenthum dem Vindicanten nicht zukommt, nicht mit vindicirt werden können[173]). Auch bei dem

---

169) Warnkönig a. a. O. S. 196.

170) L. 35. §. 6. D. (18. 1.)

171) L. 23. §. 5. D. (6. 1.)

172) Wächter a. a. O. S. 19 flg.

173) Wächter a. a. O. S. 20. Auch Sintenis a. a. O. S. 437, N. 67 hält, wenn die Zahl der einzelnen in einer Heerde enthaltenen Stücke und

Pfandrechte gilt im wesentlichen das früher Bemerkte. Das Pfandrecht ergreift auch hier nur immer einzelne Sachen. Allerdings ist die Verpfändung einer Sachgesammtheit, eines sachlichen Begriffsganzen, zulässig. Dies bedeutet aber blos, daß auch unbestimmte künftige Sachen, welche unter das Begriffsganze fallen, zum Voraus für den Fall, daß man sie zu dem Begriffsganzen hinzu erwerben würde, verpfändet werden können, und in gewissen Fällen, daß Sachen, welche zum Begriffsganzen gehörten, zur Zeit der Realisirung des Pfandrechtes aber nicht mehr unter demselben enthalten sind, vom Pfandrechte nicht weiter ergriffen werden. Die Zulässigkeit der Verpfändung bezieht sich also nur auf die Bezeichnung und Bestimmung des Gegenstandes des Pfandrechtes und auf den Umfang, in welchem einzelne Gegenstände von dem Pfandrechte ergriffen werden oder ergriffen bleiben. Das Pfandrecht selbst aber ergreift immer nur die einzelnen Sachen, welche unter der Gesammtheit enthalten sind oder zu ihr hinzukommen, in der Regel bleibend, so daß das Pfandrecht an ihnen fortdauert, ungeachtet sie von dem verpfändeten Ganzen getrennt werden und nicht mehr zu demselben gehören. In dieser Hinsicht wird sogar hier das ganze Vermögen, die sog. universitas iuris, in wenigeren Beziehungen als Gesammtheit oder als Begriffsganzes behandelt, als manche andere universitates, welche man zu den sog. universitates facti zählt. Die drei in den Quellen hervorgehobenen Hauptfälle beweisen dies. Sie sind Verpfändung eines Waarenlagers, einer Heerde, eines ganzen Vermögens. Bei Verpfändung eines Waarenlagers, welches in den Händen des Verpfänders als Waarenlager bleibt, kann die Absicht der Parteien nur auf Fortbehandlung desselben seinem Zwecke gemäß gerichtet sein, also dahin, daß das Lager in Bezug auf Veräußerung der einzelnen dazu gehörigen Sachen und Erwerb neuer Sachen als Gesammtheit behandelt werde; und deshalb gilt hier nach der Absicht der Parteien und nach der Natur des vorliegenden Verhältnisses der Grundsatz, daß Sachen, welcher der Verpfänder aus dem Lager veräußert, vom Pfandrechte frei werden, Sachen, welche er später in sein Waarenlager erwirbt, dem Pfandrechte unterworfen sind, daß überhaupt das Pfandrecht **blos** an den Sachen, aber auch an **allen** den Sachen zusteht, welche zur Zeit der Geltendmachung desselben im Waarenlager enthalten sind [174]. Das Pfandrecht haftet also auch hier an den einzelnen zur Zeit seiner Realisirung vorhandenen Sachen; nur sind die einzelnen Sachen blos durch die Bezeichnung des Begriffsganzen näher bestimmt, und wegen des der Natur des betreffenden Begriffsganzen gemäßen Wechsels findet auch ein Wechsel in den einzelnen Sachen statt, welche dem Pfandrechte unterworfen werden [175]. Bei Ver-

deren Identität erkennbar ist, eine Besitzklage auf die Heerde für zulässig, aber aus dem Gesichtspunkte einer objectiven Häufung so vieler einzelner Klagen.

174) L. 34. pr. D. (20. 1.)

175) **Wächter** a. a. O. S. 20—22.

pfändung einer Heerde oder eines anderen Inbegriffes von Sachen als Gesammtheit wird durch die Verpfändung ausgesprochen, daß auch die später hinzukommenden Sachen vom Pfandrechte ergriffen werden sollen. Bei entgegengesetzter Absicht müßten die einzelnen Sachen, auf welche sich das Pfandrecht beschränken soll, als solche bezeichnet, oder es müßte die Verpfändung auf die zur Zeit der Verpfändung gegenwärtigen Sachen, z. B. die Gesammtheit, wie sie jetzt ist, beschränkt werden. Eben darin aber, daß diese Bezeichnung und Beschränkung unterlassen, das Einzelne blos im allgemeinen durch den Begriff des Ganzen bezeichnet wird, spricht sich jene Absicht bestimmt aus[176]). Die allgemeine Bezeichnung läßt aber blos auf die letztere Absicht schließen, nicht auch auf die Absicht, daß das aus der Gesammtheit vom Verpfänder Veräußerte vom Pfandrechte frei werde, daß das Pfandrecht blos an den zur Zeit der Geltendmachung desselben noch in den Händen des Verpfänders befindlichen Sachen zu realisiren sein solle. Denn das, was bei Waarenlagern, überhaupt bei solchen Sachgesammtheiten gilt, deren Natur einen steten Wechsel durch Veräußerungen mit sich bringt, kann auf andere Gesammtheiten nicht ausgedehnt werden, weil dies nicht in der Natur des Begriffsganzen an sich liegt[177]). Bei der Verpfändung eines ganzen Vermögens, einer sog. univ. iuris, gilt nichts Anderes, als was bei der Verpfändung einer sog. univ. facti gilt; selbst die bei den ihrer Natur nach einem steten Verkehrswechsel unterliegenden Gesammtheiten geltende Eigenthümlichkeit gilt hier nicht, sondern das, was bei den übrigen Sachgesammtheiten gilt, und keineswegs ist davon hier die Rede, daß unbedingt pretium succedit in locum rei und umgekehrt. Das hier Geltende beruht nicht auf einer besonderen Eigenthümlichkeit der sog. universitates iuris. Wer sein ganzes Vermögen verpfändet, kann nur die Absicht haben, Alles, was er hat und bis zur Realisirung des Pfandrechtes haben wird, zu verpfänden. Der zu verpfändende Gegenstand ist hier blos durch ein allgemeines Merkmal (das Vermögen des Verpfänders) bezeichnet, und Alles, was dieses Merkmal hat oder an sich tragen wird (also auch die res futurae) ist verpfändet, ohne daß es einer Bezeichnung der einzelnen Stücke bedarf[178]). Das dingliche Recht aber kann doch nur an den einzelnen Sachen und Forderungen wirklich werden, welche zu dem Vermögen gehören; es ergreift die einzelnen Gegenstände, welche der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung im Vermögen hat; an den später erworbenen wird es existent und wirklich, wenn er sie erwirbt, also erst, wenn sie dadurch insofern individualisirt und bestimmt werden. Das Pfandrecht dauert aber an den einzelnen Sachen, wenn sie einmal zum Vermögen erworben wurden, fort, wenn sie auch später durch Veräußerung aus dem Vermögen

176) L. 13. pr. L. 32. D. (20. 1.)
177) Wächter a. a. O. S. 22 flg.
178) L. 9. C. quae res pignori (VIII. 16. (17.))

herauskommen, also aufhören, zur verpfändeten Gesammtheit zu gehören, so daß das Pfandrecht auch gegen den dritten Erwerber verfolgbar ist[179]. 5) Wichtig für das Sachenrecht nicht nur, sondern besonders auch für obligatorische Verhältnisse in Bezug auf Sachen ist nur der Unterschied zwischen species und genus. Species bezeichnet im juristischen Sprachgebrauche eine individuell bestimmte Sache[180]; genus, was nicht individuell, sondern der Gattung nach bestimmt ist[181]; nur darf, wenn die Bezeichnung einer Sache blos nach der Gattung für rechtliche Verhältnisse brauchbar sein soll, dieser Gattungsbegriff nicht so allgemein und unbestimmt sein, daß sich darnach nicht beurtheilen ließe, was eigentlich als Gegenstand des Rechtes und der Verbindlichkeit gemeint sein soll[182]. Mit dem juristischen Begriffe von genus steht auch der Begriff der vertretbaren Sachen in Verbindung, worunter man solche Sachen versteht, bei denen es im bürgerlichen Verkehr nicht auf bestimmte Individuen, sondern nur auf die bestimmte Gattung und Qualität ankommt, so daß eine Vertretung der einzelnen Stücke durch andere derselben Gattung zulässig ist; im Gegensatze zu ihnen heißen solche Sachen, deren bestimmte Individuen bei rechtlichen Verhältnissen in Betracht kommen, so daß eine Vertretung derselben durch andere Sachen derselben Gattung nicht stattfinden kann, nicht vertretbare Sachen (erstere von den Neueren sog. res fungibiles, letztere sog. res non fungibiles)[183]. Als vertretbare Sachen gelten regelmäßig diejenigen, welche nicht als Einzelnheiten, sondern in Quantitäten Gegenstände des bürgerlichen Verkehres zu sein pflegen, und daher durch Gewicht, Zahl und Maß bestimmt werden, daher die Römer sie so bezeichnen: quae pondere, numero, mensura constant (oder consistunt oder continentur)[184]. Wenn daher Jemand einem

179) Wächter a. a. O. S. 23 flg.

180) L. 6. D. (6. 1.) L. 54. pr. D. (45. 1.) Dafür vorkommende Ausdrücke sind auch: certa species, certum corpus, corpus schlechthin. L. 54. pr. L. 83. §. 5. D. (45. 1.) L. 26. §. 1. L. 34. §. 4. 5. D. (30.) L. 85. D. (32.) L. 10. D. (34. 2.) L. 1. §. 7. D. (35. 2.) Vgl. Schilling, Instit. Bd. II, §. 61, N. a.

181) Ein genus ist so lange, bis das zu leistende Individuum durch Wahl bestimmt ist, ein incertum corpus. L. 85. D. (32.) L. 1. §. 7. L. 30. §. 5. D. (35. 2.) L. 25. §. 17. D. (10. 2.)

182) Arg. L. 94. 115. pr. D. (45. 1.) L. 71. pr. D. (30.) Schilling a. a. O.

183) Die Veranlassung dieser neueren lateinischen Kunstausdrücke liegt darin, daß von den Sachen der ersteren Art in L. 2. §. 1. D. (12. 1.) gesagt wird: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem (magis) quam specie. Dergleichen Sachen werden auch so bezeichnet: quae communi specie continentur. L. 29. fin. D. (46. 3.)

184) L. 2. §. 1. 3. D. (12. 1.) Gai. Inst. Comm. II. §. 196. III. §. 90. Ulp. Fr. Tit. VI. §. 8. XXIV. §. 7. pr. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. (III. 14. (15.)) L. 42. D. (23. 3.) L. 30. §. 3. D. (35. 2.) Eine Mehrheit oder ein Inbegriff solcher durch Gewicht, Zahl und Maß bestimmten Sachen wird mit dem Ausdrucke pecuniae bezeichnet, L. 30. pr. D. (30.) Doch brauchen

Anderen solche Sachen schuldet, so ist seine Verbindlichkeit nicht auf bestimmte Individuen gerichtet, sondern blos auf Sachen aus der bestimmten Gattung in der gehörigen Quantität und Qualität (idem genus, oder aliae res eiusdem generis et qualitatis, oder eiusdem naturae, oder eiusdem naturae et qualitatis, oder tantundem)[185]. Sachen, welche regelmäßig zu den vertretbaren gehören, können in einzelnen Rechtsverhältnissen als nicht vertretbare Sachen in Betracht kommen, wenn dies in der Natur des Rechtsverhältnisses und in der Absicht der Betheiligten liegt[186], und überhaupt dann, wenn die Sache in der darüber getroffenen Verfügung oder bei Eingehung des Rechtsgeschäftes dieselbe genaue Bezeichnung, wie ein bestimmtes Individuum, erhalten hat[187]. — Nicht zu verwechseln mit den vertretbaren Sachen sind die verbrauchbaren oder verzehrbaren Sachen, solche, welche durch den Gebrauch consumirt oder doch verringert werden, sei es physisch (durch wirkliche Aufzehrung) oder juristisch, d. h. so, daß sie durch den ihrem eigentlichen Zwecke entsprechenden Gebrauch für den Gebrauchenden verloren gehen und an Andere kommen, also durch Veräußerung, wie bei dem Gelde. Die Römer bezeichnen solche Sachen als: quae usu consumuntur (oder tolluntur) vel minuuntur, quae sunt in abusu, quae in abusu consistunt (oder continentur)[188]. Gewöhnlich treffen die Eigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit bei denselben Sachen zusammen; doch ist es nicht immer der Fall[189], und für manche Rechtsverhältnisse müssen beide Begriffe von einander unterschieden werden[190]. 6) Endlich werden theilbare und untheilbare (res dividuae und individuae) unterschieden[191]. Dabei

---

die Quellen diesen Ausdruck, wie auch die Worte quantitas, summa, summa quantitatis, vorzugsweise von Geldsummen. L. 34. §. 3. 6. D. (30.) L. 11. D. (16. 2.) L. 23. pr. D. (39. 5.) L. 29. pr. L. 65. §. 1. D. (45. 1.) L. 45. §. 10. L. 47. §. 1. D. (49. 14.) Als Gegensatz dieser Begriffe sowie des genus, finden sich die Ausdrücke corpora, corpus, certum corpus für die bestimmten Individuen. L. 19. §. 2. D. (12. 6.) L. 5. pr. D. (25. 1.) L. 30 pr. L. 34. §. 3. D. (31.) L. 7. pr. D. (44. 2.) L. 94. §. 1. D. (46. 3.) L. 10. D. (46. 4.) Vgl. Schilling a. a. O. N. h.

185) Gai. Inst. Comm. III. §. 90. pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. (III. 14. (15.)) L. 2. pr. §. 1. D. (12. 1.) L. 42 D. (23. 3.) L. 1. §. 2. D. (44. 7.) L. 7. D. (12. 6.) L. 24. D. (16. 3.) L. 31. D. (19. 2.)

186) L. 4. D. (13. 6.) L. 24. D. (16. 3.)

187) Vgl. z. B. L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. D. (30.) L. 37. D. (45. 1.)

188) Ulp. Fr. Tit. XXIV. §. 27. §. 2. Inst. (II. 4.) L. 1. L. 5. §. 1. 2. D. de usufr. ear. rer. quae usu consumuntur vel minuuntur (7. 5.)

189) L. 31. D. (19. 2.)

190) So hat das Darlehen nur vertretbare, der quasi usus fructus auch verbrauchbare Sachen zum Gegenstande, daher z. B. letzterer, aber nicht ersteres an Kleidern stattfinden kann. §. 2. Inst. (II. 4.) L. 2. §. 1. D. (12. 1.) Schilling a. a. O. N. m.

191) Vgl. Buchholz, Versuche N. 4. Schilling, Institut. Bd. II, §. 63. Bisweilen heißt individuum das noch nicht Getheilte, obwohl Theilbare, L. 32. §. 6. D. (26. 7.) Umgekehrt heißt indivisum bisweilen das Untheilbare. L. 26. §. 2. D. (30.)

muß man die natürliche und juristische Theilung und Theilbarkeit der Sachen unterscheiden. Die natürliche Theilung, welche blos bei körperlichen Sachen, nicht bei Rechten, möglich ist, besteht in der Zerlegung der Sache in wirkliche und äußerlich wahrnehmbare (reelle oder materielle) Theile, deren jeder dann ein selbstständiges Ganze bildet[192]. Die juristische Theilung, welche bei körperlichen Sachen sowohl als bei Rechten möglich ist, besteht darin, daß bei einer Sache intellectuelle Theile, d. h. solche, welche blos im Gedanken angenommen, aber nicht in der Wirklichkeit abgesondert sind, unterschieden werden[193]. Die juristische Theilung berührt die Sache selbst in ihrer Ganzheit nicht, welche vielmehr in der Wirklichkeit als Ganzes fortbesteht; die juristische Theilung enthält nur eine Theilung jeder einzelnen zuständigen, theilbaren Befugniß, welche zum Inhalt des Mehreren gemeinsamen Rechtes gehört, in Anwendung auf eine Quote der Sache, welche äußerlich gar nicht hervortritt[194]. Die reellen oder materiellen Theile heißen in den Rechtsquellen certae partes[195], und was so getheilt ist, gehört jedem Betheiligten pro diviso zu[196]. Intellectuelle Theile heißen daselbst partes indivisae oder pro diviso[197] (mit dem neueren lateinischen Kunstausdruck partes quotae); von einer intellectuell getheilten Sache wird der Ausdruck res pro indiviso gebraucht[198], und von Mehreren, denen Eine Sache nach intellectuellen Theilen zusteht, heißt es: intellectu magis partes habent, quam corpore[199], oder: dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent[200]. Natürlich theilbar sind nach der römischen Ansicht nur unbewegliche Sachen, nämlich nur Grundstücke, worunter auch Häuser begriffen werden[201]; die natürliche Untheilbarkeit beweglicher Sachen ist zwar ebenfalls in den römischen Quellen aus-

---

192) L. 6. §. 1. D. (8. 4.) L. 25. §. 1. D. (50. 16.)
193) L. 8. D. (6. 1.) L. 5. D. (45. 3.)
194) Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, S. 439.
195) L. 25. D. (7. 4.) L. 36. D. (8. 2.)
196) L. 25. §. 1. D. (50. 16.)
197) L. 5. D. (45. 3.) L. 25. D. (7. 4.) L. 5. §. 15. D. (13. 6.)
198) L. 25. §. 1. D. (50. 16.)
199) L. 5. D. (45. 3.)
200) L. 66. §. 2. D. (31.) Vgl. über diese verschiedenen römischen Kunstausdrücke Schilling, Instit. Bd. II, §. 63. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 224.

201) L. 8. D. (6. 1.) Landgrundstücke werden durch Absonderung bestimmter Flächen certae regiones, certa loca, Gebäude durch Aufführung einer Mauer mitten durch dasselbe natürlich getheilt. L. 6. §. 1. D. (8. 4.) In manchen Gegenden Teutschlands, wie z. B. im Herzogthum S. Meiningen, kommt, wie dem Verfasser des Artikels aus seiner Erfahrung bekannt ist, eine Theilung der Wohnhäuser nach Stocken oder Etagen vor, und diese Theile werden auch besonders verkauft und in den öffentlichen Büchern zugeschrieben. Es ist dies ebenfalls eine natürliche Theilung; häufig sind daneben noch gewisse Räumlichkeiten gemeinschaftlich.

gesprochen[202]); es ist dies aber auf solche bewegliche Sachen zu beschränken, welche der Form nach in Betracht kommen; wogegen diejenigen, bei denen nur der Stoff in Betracht kommt, allerdings natürlich theilbar sind[203]). Juristisch theilbar sind alle beweglichen und unbeweglichen Sachen[204]). Dasselbe gilt als Regel auch von den Rechten[205]), sofern nicht bei dem einen oder anderen Rechte ausdrücklich die Unmöglichkeit auch der juristischen Theilung bestimmt ist. Dies ist der Fall bei den Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauches[206]), bei dem Pfandrechte[207]), jedoch nicht in allen Beziehungen[208]), bei

202) L. 8. D. (6. 1.) L. 19 pr. D. (10. 3.) L. 31. §. 6. D. (21. 1.) §. 5. Inst. (IV. 17.)

203) Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, S. 440. Derselbe stützt sich theils darauf, daß natürliche Theilung nicht mit Zerlegung zu verwechseln sei, welche zwar bei allen Sachen möglich sei, bei den meisten aber auf Zerstörung hinauskommen würde (si novem diviseris, perdes. Cascellius bei Macrobius) theils auf L. 26. §. 2. D. (30.) und auf den in den Quellen durchaus gangbaren Ausdruck: rerum divisio, ohne Beschränkung auf Immobilien, die wenigstens doch wohl nicht fehlen könnte, z. B. in L. 1. 3. 4. D. (10. 3.) und durch das argumentum a contrario auf §. 5. Inst. (IV. 17.) Es bedarf dieser Beweisführung nicht; die von Sintenis angenommene Unterscheidung zwischen beweglichen Sachen, die ihrer Form nach, und solchen, die nur des Stoffes wegen in Betracht kommen, liegt hier in der Natur der Sache. Unverarbeitetes Gold, Silber und anderes Metall, Holz, Stein u. dergl. läßt eine natürliche Theilung zu; ist aber ein solcher Stoff verarbeitet und aus ihm eine species gemacht worden, so läßt sich eine natürliche Theilung ohne Zerstörung dieser bestimmten Sache nicht denken. Gegen die natürliche Theilbarkeit beweglicher Sachen wird sich auf L. 8. D. (6. 1.) berufen, z. B. von Kierulff, gem. Civilr. S. 325. Wenn aber dort von einer beweglichen Sache gesagt wird: nunquam enim pro diviso possideri potest, im Gegensatze zu einem fundus, welcher certis regionibus possidetur, so ist damit zwar eine Verschiedenheit beider ausgesprochen, aber doch keine andere als die, daß bewegliche Sachen nicht e certis regionibus besessen, nicht daß sie darum nicht getheilt werden können. Für die Grundstücke nämlich braucht man ja das e certis regionibus possideri noch gar nicht als eine geschehene Theilung (discessio a communione) zu verstehen; man kann es von einem auf solche Weise getheilten Besitze verstehen. Sintenis a. a. O. N. 83, S. 440. Von einer unter den Miteigenthümern selbst vorausgegangenen natürlichen Theilung des gemeinschaftlichen Grundstückes handelt es sich jedenfalls nicht, denn sonst würde eben jeder bisherige Theilhaber nur seine certa pars vindiciren können; es ist eine natürliche Theilung zwischen dem einen Miteigenthümer und einem Dritten, der nicht Eigenthümer ist, erfolgt: diese Theilung braucht der Miteigenthümer, der dabei nicht concurrirt hat, nicht anzuerkennen, weil sie nicht mit ihm geschehen ist; hinsichtlich seiner ist die natürliche Theilung als nicht geschehen, das Grundstück als noch ungetheilt zu betrachten und deshalb vindicirt er von jedem, der eine pars certa davon besitzt, seinen intellectuellen Antheil; daß er dabei aber doch die geschehene natürliche Theilung insoweit anzuerkennen hat, als der Besitz in Frage ist, ist eine natürliche Folge dessen, daß der Besitz etwas factisches ist, also hinsichtlich des Beklagten in Frage kommt, was dieser von dem Grundstücke besitzt.

204) L. 54. pr. D. (45. 1.) L. 5. D. (45. 3.) L. 29. fin. D. (46. 3.)

205) L. 29. D. (46. 3.) L. 5. §. 15. D. (13. 6.) L. 22. D. (16. 3.) L. 6. C. (III. 36.) L. 1. C. (IV. 2.)

206) L. 1. §. 9. D. (35. 2.)

207) L. 65. D. (21. 2.)

208) L. 16. §. 8. D. (20. 1.)

solchen Forderungsrechten, welche auf einen juristisch untheilbaren Gegenstand oder auf eine untheilbare Leistung gerichtet sind[209]).

Heimbach sen.

Sachsen. Das Königreich Sachsen, welches sich vom 29° 32′ bis 30° 43′ östlicher Länge und vom 50° 10′ bis 51° 28′ nördlicher Breite mit einem Flächeninhalt von $271,_{676}$ □M. und einer Bevölkerung von ziemlich 2 Millionen Einwohnern ausbreitet, während der Umfang seiner Grenzen $163,_{5}$ geographische Meilen beträgt, wird östlich von dem Königreiche Böhmen und dem preußischen Herzogthum Sachsen, südlich von Böhmen und dem Königreich Bayern, westlich von den fürstlich reußischen Landen, von dem Großherzogthum Sachsen-Weimar, von dem Herzogthum Sachsen-Altenburg und dem königl. preuß. Herzogthum Sachsen, nördlich ganz von dem letzteren begrenzt.

Die Geschichte der heutigen königlich sächsischen Länder, soweit sie ihren Haupttheilen nach unter einem Regentenstamme erblich wurden, beginnt mit dem Markgrafen Konrad von Wettin, im Jahre 1127, dem Ahnherrn des bis auf die jetzige Zeit in Sachsen herrschenden, berühmten Regentenhauses.

Vor der Theilung der sächsischen Länder im Jahre 1485 in die beiden Linien, die Albertinische und die Ernestinische, bestanden diese Länder: 1) in der Markgrafschaft Meißen, welche Konrad der Große im Jahre 1127 durch eine kaiserliche Belehnung erwarb[1]); 2) in dem Osterlande zwischen der Saale und der Mulde, das zu den Zeiten Konrad's aus verschiedenen Graf- und Herrschaften bestand, welche dieser durch verschiedene Rechtstitel an sich brachte; 3) in der Landgrafschaft Thüringen und in der sächsischen Pfalz infolge einer Eventualbeleihung des Markgrafen Friedrich des Erlauchten von Meißen im Jahre 1247; 4) in dem pleißner Lande, vom Kaiser 1246 oder 1256 an die Meißnisch-thüringischen Fürsten verpfändet; 5) in dem Herzogthum Sachsen nebst der Grafschaft Brene, der sächsischen Pfalz Altstädt und den Resten der Burggrafschaft Magdeburg und 6) in der Burggrafschaft Meißen.

---

209) L. 17. D. (8. 1.) L. 11. §. 23. D. (32.) L. 2. §. 1. L. 72. pr. D. (45. 1.)

1) Die Stiftung der Mark Meißen wird auf das Jahr 928 gesetzt. Mit ihr verloren wohl die früheren, den slavischen Stämmen, den Sorben-Wenden, angehörigen Bewohner die Unabhängigkeit an die Eroberer aus dem Stamme der Franken und Sachsen, die sich im Lande niedergelassen. Nur erst nach und nach gelang es, die verschiedenen Stämme zu verschmelzen, wie denn z. B. noch im 14. Jahrhundert durch einen besonderen Befehl Friedrich's des Ernsthaften der Gebrauch der wendischen Sprache bei der Universität verboten wurde. Böttiger, Geschichte von Sachsen Bd. I, S. 290. Gegenwärtig leben etwa 40000 Wenden in Sachsen, vorzüglich in der Oberlausitz, welche sich durch Sprache und Sitten von den übrigen Bewohnern unterscheiden. Viele Namen von Ortschaften und von Familien, welche letztere besessen, weisen auf den wendischen Ursprung hin. Böttiger a. a. O. S. 134.

Schon vor jener Theilung war das früher sogenannte Herzogthum Sachsen getheilt worden. Letzteres umfaßte zu der Zeit, als das Welfische Haus es besaß, das ganze heutige Niedersachsen, Westphalen, Engern ꝛc. Allein als solches nach der Achtserklärung Herzog Heinrich's des Löwen im Jahre 1180 dem Grafen Bernhard von Aschersleben (oder von Ascanien) verliehen wurde, war es seiner besten Pertinenzstücke beraubt und auch dieses Land wurde wieder getheilt, indem Bernhard's Söhne, Albrecht I. und Heinrich der Aeltere, und zwar jener das eigentliche Herzogthum Sachsen, letzterer aber Anhalt erhielt. Albrecht's Söhne, Johann und Albrecht II. theilten sich wieder in ihres Vaters Länder und hier erhielt der erstere das, was noch zu dem Herzogthum Sachsen gerechnet werden konnte, während Albrecht II. die alten ascanischen Erblande zu seinem Antheil empfing [2]). Infolge dieser letzteren Theilung kam wenig oder nichts von den alten Landen des Herzogthums Sachsen auf die sächsisch-wittenbergische Linie des ascanischen Stammes und wurde die herzogliche Würde zugleich mit auf die ascanischen Erblande und bald darauf selbst ausschließend die Kurwürde auf diejenigen dieser Lande, welche das wittenbergische Haus erhalten hatte, transferirt. In dieser Qualität erhielt sie nun Markgraf Friedrich der Streitbare, nach Abgang der ascanisch-wittenbergischen Kurfürsten, sammt der kur- und der herzoglichen Würde (1. August 1425) für sich und seine Nachkommen, welche letztere der ganzen Nachkommenschaft Friedrichs des Streitbaren zu Theil wurde, während die Kurwürde auf den ascanisch-wittenbergischen Erblanden oder dem sogenannten Kurkreise verblieb [3]).

Als nun das sächsisch-meißnische Haus nach dem Tode des Kurfürsts Friedrichs des Sanftmüthigen auf die beiden Söhne desselben, Ernst und Albert übergegangen war, schritten diese im Jahre 1485 zur Theilung [4]), wobei die Kurwürde sammt den wittenbergischen Kurlanden und den übrigen Pertinenzen der Kur auf den ältesten Sohn Ernst überging. Allein als der unglückliche Kurfürst Johann Friedrich seine Treue an der Sache des Protestantismus mit der kaiserlichen Achtserklärung und der Niederlage bei Mühlberg büßen mußte und für sich und sein Haus die Kurwürde und die dazu gehörigen Lande verlor, kam der Kurkreis an den Kurfürst Moritz und durch ihn und seinen Bruder, Kurfürst August, an die Albertinische Linie des sächsisch-meißnischen Hauses [5]). Schon Herzog Albrecht hatte wegen der schädlichen Folgen,

---

2) Beckmann's Historia des Fürstenthums Anhalt Zerbst, 1710, Th. V, S. 40 flg.

3) Römer, Staatsrecht und Statistik des Kurfürstenth. Sachsen, Halle 1787, Bd. I, §. 5, S. 16 flg.

4) Vgl. bes. v. Langenn, Albrecht der Beherzte S. 138 flg.

5) Bes. v. Langenn, Kurf. Moritz Bd. I, S. 346 flg. In dem wichtigen, unter dem Namen der „Wittenberger Capitulation" bekannten Vertrage vom 19. Mai 1547 verzichtete Johann Friedrich für sich und seine Nachkommen auf

die mit den Landestheilungen nothwendig verbunden waren, eine immerwährende Vereinigung der ihm in der Theilung mit seinem Bruder zugefallenen Erblande dadurch herbeizuführen gesucht, daß er in einer, von Kaiser Maximilian I. zu Linz am 14. December 1500 bestätigten Verordnung bestimmte, daß der jedesmalige älteste Leibeslehenserbe aus seinem Hause die gesammten Lande als einen unzertrennten und untheilbaren Landeskörper erhalten solle[6]), wogegen die jüngeren Miterben mit einigen Aemtern und Besitzungen, jedoch ohne Regierung, abgefunden werden möchten. Kurfürst Moritz verband die Kurlande mit seinen Erblanden und legte hierbei den Grund zu einer neuen Kreiseinrichtung, welche von seinem Nachfolger, Kurfürst August, weiter ausgebildet und befestigt wurde. Durch diese Kreiseintheilung wurde die Einheit der Landeshoheit vorzugsweise befördert[7]). Kurfürst August erwarb außer anderen kleineren Besitzungen einen großen Theil des Voigtlandes mit dem Reste des Burggrafenthums Meißen sowie mehrere Aemter (Gommern, Rahnis, Elbenau und Plötzkau) mit der darauf haftenden burggräflichen Würde von Magdeburg. Kurfürst August theilte seine Länder in sechs Kreise, gab ihnen eine gleichmäßige Verfassung und dieselben Landesbehörden. Die sechs Kreise[8]) waren der Kurkreis, der thüringische Kreis, der Meißnische Kreis, der Leipziger Kreis, der erzgebirgische Kreis und der voigtländische Kreis, wozu später noch ein siebenter Kreis, der Neustädter, bestehend aus den im Jahre 1660 der Albertinischen Linie überlassenen[9]) Aemtern Weida, Arnshaug, Ziegenrück und Sachsenburg kam. Allerdings war mit dieser Einheit des sächsischen Staatsgebietes das berühmte Testament Kurfürst Johann Georg I. vom 20. Juli 1652, welches, von römischen Rechtsgrundsätzen ausgehend, eine anderweite Theilung nachließ, nicht wohl vereinbar[10]). Die Streitigkeiten, welche infolge dieses Testamentes entstanden, wurden vorläufig durch den sogenannten freundbrüderlichen Hauptvergleich vom 22. April 1657 ausgeglichen und endlich dadurch völlig beseitigt, daß die durch das Testament entstandenen drei Nebenlinien des sächsisch-albertinischen Hauses, Zeitz, Merseburg und Weißenfels (1718, 1738

---

alle Gerechtsame an dem Kurfürstenthume. M. vgl. noch Böttiger a. a. O. Bd. I, S. 464.

6) Glasey, Kern der sächs. Geschichte II, S. 819 flg.

7) Vgl. noch v. Langenn, Kurfürst Moritz Bd. II, S. 39 flg.

8) Vgl. Zachariae, de divis. Saxon. Elect. in circulos. Viteb. 1798 (auch in Eiusd. Opusc. acad. nr. IV.) Die Erhebung der Steuern und die Münzverfassung gaben die hauptsächlichste Veranlassung.

9) Als Ersatz (anfänglich als Pfand) für die bei Vollziehung der Reichsacht gegen Wilhelm von Grumbach und Herzog Joh. Friedrich den Mittlern von Gotha aufgewendeten Kriegskosten. Lünig's Reichsarchiv Pars. Spec. Cont. II. S. 519. Weiße, Gesch. v. Sachsen Bd. IV, S. 85 flg.

10) Glasey, Kern der sächs. Geschichte Beilage Nr. IX, S. 1031. Vgl. noch Müller, sächs. Annalen S. 558, 579.

und 1746) ausstarben und dadurch die kursächsischen alten Erblande in ihre frühere Verfassung zurückkehrten.

So viel nun die mittelbaren zu den alten Erblanden gehörigen Gebietstheile anlangt[11]), so ist zu bemerken, daß die Domcapitel zu Merseburg und Naumburg[12]) schon 1582 dem Kurfürst August versprachen, mit ihrer Postulation beständig bei Mitgliedern des Kurhauses zu bleiben[13]) und daß, nachdem Johann Georg I. in seinem Testamente von 1652 das Stift Meißen[14]) seinem ältesten, Merseburg[15]) dem dritten und Naumburg[16]) dem vierten Sohne angewiesen hatte, es in den folgenden Jahren gelang, die Domcapitel zur beständigen Postulation der Nachkommen dieser Fürsten nach dem Rechte der Erstgeburt zu bringen. Zu dem Stifte Meißen[17]) war übrigens im Jahre 1015 die Grafschaft Wurzen geschlagen und daselbst ein noch allda befindliches Collegiatstift errichtet worden, welches auf den Kurfürsten mit überging. Als die Nebenlinien des Albertinischen Hauses ausstarben, wurde die perpetuirliche Capitulation, soweit nöthig, mit dem Kurhause erneuert und insbesondre auch bei dem Domcapitel zu Naumburg vielfache Streitigkeiten des Kurhauses mit demselben durch einen Vergleich von 1726, in welchem das weltliche Stiftsregiment des Kurfürsten anerkannt wurde, beseitigt. Das Kurhaus führte nun in allen diesen Stiftern das weltliche Regiment[18]).

Außer den Stiftern und Prälaten waren es auch die Grafen und Herren, welche gegen die staatsrechtliche Theorie, daß jeder Besitz,

11) Ueber diese, nicht incorporirten, nur durch Personal- oder Realunion unter denselben Fürsten vereinigten Länder vgl. noch Milhauser, das Staatsrecht d. K. Sachsen. Bd. I, 1839, S. 42 flg. (der 2. Theil dieser treffl. Schrift ist infolge des frühen Todes des Verf. nicht erschienen).

12) Es waren mannigfache Streitigkeiten vorausgegangen, indem diese Stifter die Reichsunmittelbarkeit beanspruchten.

13) Glafey S. 1065. Bis dahin war allerdings immer nur von der Schutzgerechtigkeit des Hauses Sachsen die Rede gewesen. Kurfürst August übte jedoch alle Hoheitsrechte ohne Widerspruch aus.

14) Das Bisthum Meißen ist von König Otto I. im Jahre 938 errichtet und vom Pabste 968 bestätigt worden. Die Frage über die Unabhängigkeit dieses Bisthums von dem Erzbisthum Magdeburg führte zu lebhaften Streitigkeiten, bis die Unabhängigkeit anerkannt wurde.

15) Die Fundirung Merseburgs wurde schon 962 vom Pabste bestätigt.

16) Das Stift Naumburg mit Zeitz wurde erst im Jahre 968 zu Zeitz angelegt, sodann aber im Jahre 1029 die Kathedralkirche nach Naumburg verlegt und blos ein Collegiatstift zu Zeitz gelassen.

17) Das Stift Meißen war zugleich mit dem Markgrafthum Meißen der Oberbotmäßigkeit des Hauses Sachsen unterworfen und hat dieselbe — mit Ausnahme eines vereinzelten Falles — stets anerkannt. v. Römer Bd. II, Hauptabth. I, Abschn. II, §. 4. Kurfürst August bezirkte das Bisthum Meißen dem Meißnischen Kreise und das Collegiatstift Wurzen dem Leipziger Kreise ein. Das Stift Meißen gehörte zu den incorporirten Landen, während die Stifter Merseburg und Naumburg manches von ihrer alten Verfassung behielten. v. Römer a. a. O. Abschn. V, §. 10 flg.

18) Vgl. noch v. Langenn, Kurf. Moritz Bd. II, S. 11 flg.

namentlich auch jeder Lehenbesitz, innerhalb der sächsischen Länder die Eigenschaft des Unterthanen begründe, widerstrebten [18a]). Schon frühzeitig waren die sächsischen Fürsten bemüht gewesen, alle Fäden, welche die größere Territorialaristokratie etwa unmittelbar an das Reich knüpften, abzuschneiden. Unter Kurfürst Moritz und dessen Nachfolgern insbesondre wurde dieser Grundsatz „von dem geschlossenen und bezirkten Gebiete" zur Geltung zu bringen und auch der Versuch der größeren Insassen, an die Reichsgerichte sich zu wenden, zu vereiteln gesucht. Die größeren Insassen verloren daher ihre besonderen, mit der Hoheit des Landesregenten unvereinbaren Befugnisse in Sachsen viel eher als in den meisten anderen Ländern.

Von den ehemals zahlreichen Grafen und Dynasten des Meißner Landes sind blos noch die Grafen von Solms-Wildenfels [19]) und die Fürsten und Grafen zu Schönburg vorhanden. Von Bedeutung ist insbesondre das Rechtsverhältniß der letzteren zu dem Landesregenten [20]). Es beziehen sich hierauf der am 4. Mai 1740 abgeschlossene Haupt- und Nebenreceß, von welchen jener die Herrschaften Glauchau, Waldenburg und Lichtenstein, dieser dagegen die niedere Grafschaft Hartenstein und die Herrschaft Stein betrifft. Ein eigenthümliches Verhältniß fand noch insofern statt, als die drei zuerst erwähnten Receßherrschaften in einer Lehensverbindung mit dem Königreich Böhmen standen, von welchem jedoch in dem Teschner Frieden vom 13. Mai 1779 diese Lehensherrlichkeit an Bayern und von diesem an das Kurhaus Sachsen abgetreten wurde [21]). Der Receß von 1740 ist von dem Könige von Sachsen auf dem Wiener Congresse durch eine Erklärung vom 18. Mai 1815 bestätigt worden, wobei zugleich auf die spätere Feststellung gewisser Vortheile und Rechte an die Fürsten und Grafen Herren von Schönburg durch die Bundesacte hingewiesen worden [22]). Unter dem 9. October 1835 ist, namentlich infolge der durch die Verfassung und den Anschluß an den preußischen Zollverein herbeigeführten Aenderungen der staatlichen Einrichtungen, ein Erläuterungsreceß abgeschlossen worden. Außer der Besetzung der Gerichtsstellen, geistlichen Aemter rc. und der Ausübung der sonst den Rittergutsbesitzern zustehenden gutsherrlichen Rechte, stehen den Besitzern dieser Herrschaften keine besonders

---

18a) v. Langenn a. a. O.

19) Die Herrschaft Wildenfels liegt im erzgeb. Kreise und ist dem Regentenhause Sachsens völlig unterworfen. Kreysig, Beiträge zur Historie der sächs. Lande Th. VI, S. 151 flg. Sie war früher reichsunmittelbar. Vgl. noch Glafey S. 732.

20) Es waren im vorigen Jahrhunderte vielfache Streitigkeiten entstanden und auch bei dem Reichskammergerichte anhängig gemacht worden.

21) Es war dies eine der ersten Friedensbedingungen bei dem bayerischen Erbfolgekriege.

22) Vgl. noch neues Museum für sächs. Geschichte Bd. I, S. 108 und Klüber, Acten d. Wiener Congresses Bd. VI, S. 139.

hier zu bemerkenden Befugnisse[23]) zu. Namentlich sind die Unterthanen in den Herrschaften in Betreff der Militärpflicht und der Besteuerung den Unterthanen der übrigen Landestheile gleichgestellt worden. Zu den Besitzungen des schönburgischen Hauses gehören noch einige andere Herrschaften, auf welche aber die Recesse sich nicht beziehen. Die sämmtlichen Besitzungen werden in die obere und niedere Linie der Waldenburger und Glauchauer eingetheilt, von welchen jene im Jahre 1790 in den Fürstenstand erhoben wurde, so daß jetzt zwischen der fürstlichen und der gräflichen Linie unterschieden wird[24]). Die Fürsten und Grafen gehören zu dem hohen Adel in Teutschland mit dem Rechte der Ebenbürtigkeit und haben Sitz in der ersten Kammer der Ständeversammlung.

Zu den thüringischen größeren Vasallen gehörten vor der Theilung des Königreiches auch die Fürsten von Schwarzburg-Sondershausen-Rudolstadt[25]) in Ansehung ihrer von Kursachsen relevirenden Lehne, sowie die Grafen von Stolberg-Stolberg und Stolberg-Roßla[26]).

Nicht minder gehörten zu Kursachsen — ohne demselben einverleibt zu sein — die Ganerbschaft Treffurth[27]), welche später im Jahre 1808 an das neuerrichtete Königreich Westphalen abgetreten wurde, nachdem schon früher Hessen-Kassel zu Gunsten Sachsens auf seine Ansprüche verzichtet hatte — ein Theil von Henneberg — das Fürstenthum Querfurt — ein Theil der Grafschaft Mannsfeld — und die Markgrafschaften Ober- und Niederlausitz. Diese beiden Grafschaften wurden zuerst 1623 von Böhmen an Sachsen verpfändet: erb- und eigenthümlich aber an das Kurhaus durch den Nebenreceß des Prager Friedens vom 30. Mai 1635 abgetreten, in welchem zugleich verschiedene wichtige Bestimmungen wegen der Beibehaltung der bisherigen Verfassung enthalten sind[28]). Hervorzuheben sind hier die sog. Sechsstädte der Oberlausitz, namentlich Budissin, Zittau, Camenz, Löbau, Görlitz und Lauban (die beiden letzteren gehören jetzt zum K. Preußen), welche, mächtig durch einen unter ihnen geschlossenen Bund, viele Freiheiten

23) Nur ein ausgedehntes Begnadigungsbefugniß in den vor ihren Gerichten anhängigen Untersuchungen ist geblieben.

24) Vgl. übrigens noch von Römer a. a. O. §. 66 flg. Bd. I, S. 86 flg.

25) Das fürstliche Haus zu Schwarzburg erhielt, nachdem bereits in den Jahren 1699, 1700, 1702 Verträge hierüber abgeschlossen, durch den Receß von 1719 die Befreiung von der Landeshoheit Sachsens: nur einige Aemter wurden ausgenommen.

26) Vgl. Weiße a. a. O. §. 23 flg. v. Römer a. a. O. Bd. II, Erste Hauptabth. Abschn. VI, §. 2 flg.

27) Friedrich der Ernsthafte hatte sie im Verein mit Mainz und Hessen den Herren von Treffurth wegen wiederholten Landfriedensbruches entrissen. Weiße, Mus. d. sächs. Gesch. Bd. III, S. 15 flg.

28) Die beiden Grafschaften bestanden übrigens als eigene Landeskörper, welche mit dem teutschen Reiche zwar verbunden, deren Landesherr aber dem teutschen Reiche weder mit Lehens-, noch mit Unterthanenpflicht verwandt war. Vgl. v. Römer Erste Hauptabth. Abschn. III, §. 17.

und Privilegien, vorzüglich unter König Wenzel von Böhmen, sich erwarben und das Recht der Standschaft ausschließend und dergestalt ausübten[29]), daß sie den zweiten Stand des Markgrafthums Oberlausitz bildeten[30]). Hervorzuheben sind noch die drei geistlichen, in der Oberlausitz befindlichen Stifter, nämlich das Decanat und Domcapitel zu St. Petri in Budissin und die jungfräulichen Stifter und Klöster (cisterzienzer Ordens) zu Marienstern und Marienthal. Die besondere Verfassung der Oberlausitz ist in der neueren Zeit revidirt und ein neuer Vertrag mit den Ständen der Lausitz am 17. November 1834 errichtet worden, infolge dessen die bisherigen vertragsmäßigen Rechte dieser Provinz und ihrer Stände, jedoch gegen den Fortgenuß der mit der neuen Verfassung des Königreiches verbundenen und der besonders noch vorbehaltenen Rechte, außer Wirksamkeit gesetzt wurden[31]). Insbesondre gelten die von den Ständen des Königreiches gebilligten und von der Staatsregierung publicirten Gesetze auch für die Oberlausitz, vorbehältlich besonderer Bestimmungen über die Anwendung der früher in den Erblanden erlassenen Gesetze. Auch in Bezug auf die allgemeine Steuerverfassung wurden die Erblande und die Oberlausitz ziemlich gleichgestellt und in den allgemeinen Landesangelegenheiten sind die Centralbehörden gemeinschaftliche. Dagegen soll an der Religions- und kirchlichen Verfassung der Oberlausitz, wie sie durch die früheren Recesse vertragsmäßig feststeht, ohne Einverständniß der oberlausitzer Stände, nichts geändert werden. Auch bleiben die Consistorialgerechtsame[32]) und die geistliche Gerichtsbarkeit der Städte und einiger Vasallen in der Oberlausitz so lange bis nicht eine Aenderung im Einverständnisse mit den Ständen erfolgt, in Kraft.

Der Kurfürst von Sachsen hatte als seinen Lehensherrn den römisch-teutschen Kaiser, und zwar nicht blos wegen der alten Kur- und Erblande, sondern auch wegen des Burggrafthums Magdeburg, des Burggrafthums Meißen[33]), Altenburg, des Fürstenthums Querfurt, der hennebergischen Lande und der Stifter, welche alle unmittelbare

---

29) Es sind Stände vom Lande (wozu die Besitzer der Standesherrschaften, die Prälaten der geistlichen Stifter und die Rittergutsbesitzer gehören) und von den Städten zu unterscheiden.

30) Budissin, Görlitz und Zittau wurden die vorgehenden Städte genannt.

31) Ein ausdrücklicher Verzicht Oesterreichs auf seine früheren Rechte in Betreff der Lausitz, insbes. in Bezug auf das im Traditionsrecesse erwähnte ius protectionis und advocatiae nebst einer administratio in spiritualibus in Betreff der geistlichen Stifter ist noch nicht erfolgt. Vgl. noch Grünler, Beiträge zum Staatsrecht d. K. Sachsen (1838) S. 24 flg.

32) Sie sind jedoch nur als Accessorien der Patrimonialgerichtsbarkeit zu betrachten.

33) Die Burggrafen von Dohna ꝛc. waren dagegen Vasallen des Burggrafen von Meißen.

Reichslehen und Mannlehen waren und als solche vom Kaiser und Reich empfangen wurden[34]). Nicht minder war die Krone Böhmen Lehensherr über viele meißnischen Städte und Schlösser, jedoch, wie durch den merkwürdigen Vertrag von Eger am 25. April 1459 festgestellt[35]) und auch späterhin in Bezug auf einzelne Aemter durch den am 8. Juni 1549 abgeschlossenen Vertrag mit Böhmen anerkannt wurde, ohne zugleich das Recht der Landeshoheit Seiten Böhmens über diese Lehensstücke, sowie rücksichtlich der Markgrafthümer Ober-, und Niederlausitz, welche jedoch ein freies, unabhängiges und unbelastetes Lehen waren, anzuerkennen.

Die Kurwürde befand sich, nach der Theilung in die Ernestinische und Albertinische Linie, anfänglich bei der ersteren, da unter den Söhnen Friedrich's II., Ernst und Albert, jener der ältere war. Als jedoch Kurfürst Johann Friedrich der Kurwürde durch die über ihn verhängte Acht verlustig wurde, übertrug Kaiser Karl V. die Kurwürde auf die jüngere oder Albertinische Linie, indem er mit ihr den Herzog Moritz im Jahre 1548 für sich und seine Nachkommen belieh[36]), auch dem Bruder desselben, dem nachherigen Kurfürst August[37]) die Mitbelehenschaft ertheilte, so daß nunmehr die jüngere Linie, vorbehältlich der Mitbelehenschaft der Ernestinischen Linie (in den Herzogthümern), in den Besitz des Kurfürstenthums und der dazu gehörigen Lande gesetzt worden. Bemerken will man hierbei, daß die überhaupt in den teutschen Kurfürstenthümern stattfindende Linealerbfolge rücksichtlich des Kurfürstenthums Sachsen durch die sogenannten sächsischen goldenen Bullen Karl's IV. bestätigt worden ist, sowie daß im Falle eines Aussterbens der Ernestinischen Linie die Albertinische Linie zur Succession in die Länder derselben, mit Ausnahme einiger neuerer Erwerbungen, berufen sein würde, und daß nach dem Abgange beider Linien (das Kurfürstenthum) Sachsen an Hessen kraft der im Jahre 1373 mit Hessen errichteten und später mehrmals erneuerten Erbverbrüderung fallen würde[38]). Das Haus Brandenburg ist zwar der letzteren am 29. April 1457 beigetreten und die gegenseitige Erbfolge stipulirt worden. Es hat jedoch dieser Vertrag rücksichtlich Brandenburgs die kaiserliche Bestätigung nicht erlangen können, weshalb auch der Huldigungseid bei Sachsen und Brandenburg auf den Fall des Aussterbens beider Häuser nicht

---

34) Römer a. a. O. Hauptabth. I, Abschn. 4, §. 2 flg.
35) Vgl. v. Langenn, Albrecht d. Beherzte S. 39.
36) Vgl. bes. v. Langenn, Kurfürst Moritz Bd. I, S. 346 flg.
37) Gegen die Belehnung desselben erhob der ehemalige Kurfürst Johann Friedrich Widerspruch, der jedoch durch den Naumburger Vertrag beseitigt wurde. Herzog August wurde vom Kaiser Maximilian II. zu Augsburg am 23. April 1566 feierlich unter freiem Himmel (wohl das letzte Beispiel solcher Belehnung unter freiem Himmel) belehnt.
38) Vgl. Vehse, de pacto confratern. Saxo-Hassiacae, Lips. 1825.

gerichtet worden ist, wenn gleich auch hierüber Reversalien zwischen den letzteren ausgestellt worden sind[39]).

Mit der Würde des Herzogs von Sachsen war die Kurwürde verbunden[40]). Unter Kaiser Karl IV. kam sie an die sächsisch-wittenbergische Linie und nach dem Abgange derselben im Jahre 1424 an den Markgrafen von Meißen, Friedrich den Streitbaren, später bei der Theilung an die Ernestinische Linie und mit Herzog Moritz an die Albertinische Linie. Außer den allgemeinen Gerechtsamen der Kurwürde hatte Kursachsen — welches bei der Kaiserwahl und sonst die dritte Stimme führte, im übrigen aber die sechste Stelle unter den Kurfürsten einnahm[41]) — das Amt eines Reichsverwesers (Reichsvicars) in den Ländern des sächsischen Rechtes und denjenigen Provinzen, welche dazu gerechnet wurden, das Erzmarschallamt[42]), das Oberjägermeisteramt[43]) und das Amt eines Pfalzgrafen zu verwalten, sowie es an der Ernennung der Kammergerichtsbeisitzer Theil nahm. Die Streitigkeiten über die Reichsverwesung zwischen Sachsen und den Kurfürsten von der Pfalz wurden durch besondere Bestimmungen in den Wahlcapitulationen Kaiser Karl's VII. und seiner Nachfolger, zu Gunsten Sachsens, erledigt[44]), sowie die vielfachen Streitigkeiten über den Umfang der „Lande des sächsischen Rechtes" durch einen Vertrag vom 6. Juni 1750 dahin entschieden, daß das Vicariat Sachsens auf den ober-[45]) und niedersächsischen Kreis, Böhmen, Henneberg und Westphalen sich erstrecken solle. Die Reichsvicarien (Sachsen und Bayern) übten die oberste Gerichtsbarkeit im teutschen Reiche und zwar rücksichtlich des Reichskammergerichtes gemeinschaftlich, rücksichtlich der übrigen Gerichtspflege aber jeder in den seinem Vicariate unterworfenen Landen

39) Weiße, Staatsrecht Bd. II, S. 550 flg. Ueber einen ähnlichen Vertrag mit Anhalt v. J. 1404 vgl. v. Langenn, Albrecht d. B. S. 310.

40) Glafey, Kern der sächs. Geschichte S. 90. Müller's Annalen S. 10.

41) Voraus gingen die drei geistlichen Kurfürsten zu Mainz, Trier und Köln, sowie der König von Böhmen und der Kurfürst von Pfalzbayern. Nachfolgten Brandenburg und Hannover. — Kursachsen hatte auch wegen s. anderer Besitzungen Sitz und Stimme im Fürstenrathe.

42) Mit Beziehung auf dieses Amt führte Kursachsen die beiden Schwerter im Schilde, wogegen die fünf schwarzen Balken im goldenen Felde (das alte angeerbte Wappen der Grafschaft Ballenstedt) mit dem Rautenkranze (wohl der rautenförmigen Herzogskrone) im Jahre 1180 dem Herzoge Bernhard von Ascanien zugetheilt wurden. Das Recht des Erzmarschallamtes wurde als besonders wichtig erachtet. Vgl. Römer a. a. O. Hauptabth. III, Abschn. 3.

43) Dieses Amt übte der Kurfürst als Markgraf von Meißen aus.

44) Goldast, Reichssatzungen Theil I, S. 243.

45) Zu diesem gehörten Kursachsen, Kurbrandenburg, Querfurt, Weimar, Eisenach, Coburg, Gotha, Altenburg, Pommern, Kamin, Anhalt. Zu dem obersächsischen Kreise (in welchem aber auch Sachsen die Direction der Kreisversammlungen und das Amt eines Kreisobristen ausübte) gehörten 22 Kreisstände. Die eigentliche Kreisstadt war Leipzig. Jedoch wurden auch zu Jüterbogk Kreistage gehalten.

aus[46]) und verliehen das Recht zur Ertheilung academischer Würden[47]). Der Kurfürst war zugleich Pfalzgraf in den Ländern sächsischen Rechtes und als solcher zur Ertheilung verschiedener Rechte und Würden[48]), sowie bis zur Einrichtung der Reichsgerichte, zur Annahme und Entscheidung der Appellationen gegen die Aussprüche der niederen Gerichte befugt, wozu noch besondere Gerechtsame der sächsischen Pfalz[49]) kamen. Ein wichtiges Recht war ferner die Direction des evangelischen Reichskörpers, welches auch, nach den mannigfachen Wirren des dreißigjährigen Krieges, im Jahre 1653 dem Kurhause Sachsen zu Regensburg anderweit übertragen und ihm auch selbst nach dem Religionswechsel noch deshalb belassen wurde, weil man sich über die Wahl eines neuen Directoriums, um welches sich insbesondre die Ernestinische Linie, mit Hinweis auf die treue Beharrlichkeit des Kurfürsten Johann Friedrich des Beständigen, sowie Preußen und Hannover bewarben, nicht vereinigen konnte[50]). Demnächst stand dem Kurhause Sachsen die Direction der Reichstage bei Erledigung des kurmainzischen Stuhles[51]) zu.

Ueber die frühere Justizverfassung Sachsens sollen nur einige Punkte nachgetragen werden[52]). Die Markgrafen von Meißen hatten schon sehr früh vielfach für die Justizpflege gesorgt, besonders auch, um fremde Gerichtsbarkeit, selbst die des Kaisers, von ihren Ländern fern zu halten. Schon frühzeitig wurden Landrichter bestellt und in den Hauptorten des Landes beständige Hofgerichte niedergesetzt. In Leipzig bestand das Oberhofgericht, mit welchem, nachdem es eingezogen wor-

---

46) Römer a. a. O. Auch konnten sie für die Dauer des Zwischenreiches an die Stelle des Reichshofrathes Vicariatsgerichte einsetzen.

47) Vgl. noch Römer a. a. O. und Abth. III, Abschn. 5, S. 428 flg. Neben dem Kurfürsten von Sachsen stand der Kurfürst von Bayern, welcher zugleich die Würden der Pfalzgrafen von Franken und Schwaben in sich vereinigte.

48) Man unterschied hier das Recht der größeren und kleineren Komitiven. Zu den letzteren gehörte insbesondre das Recht, Notarien zu bestellen, Unmündige mündig zu sprechen, uneheliche Personen zu legitimiren, Testamente und andere gerichtliche Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit zu bestätigen.

49) Man datirt dieses Pfalzgrafenamt mit Rücksicht auf die den Sachsen zugestandene Autonomie von Kaiser Karl d. Gr. her. Der Kurfürst von Sachsen wurde der interpres et defensor iuris veteris Saxonici genannt.

50) Das Reichserbmarschallamt war ein Reichsafterlehen des Kurhauses Sachsen und wurde dem Grafen von Pappenheim nebst der in Schwaben gelegenen Herrschaft, Schloß und Stadt Pappenheim von dem Kurfürsten zu Sachsen bei dessen Lehenscurie in Dresden zu Lehen gegeben. Vgl. Sammlung vermischter Nachrichten rc. Theil IX, S. 201 flg. Uebrigens wird in der goldenen Bulle Karl's IV. (Tit XXVII, §. 1, 6; Tit. XXIX, §. 2) das Reichsmarschallamt als eine erbliche Würde der Herren von Pappenheim erwähnt.

51) v. Römer a. a. O. Dritte Hauptabth. Abschn. 6. Bd. I, S. 443 flg.

52) Vgl. bes. v. Langenn, Albrecht d. Beherzte S. 314 flg. u. Kurfürst Moritz Bd. II, S. 3 flg., 42 flg.

den, die Hofgerichte zu Dresden und Eckartsberge im Jahre 1488 vereinigt wurden. Das Oberhofgericht zu Leipzig hat bis 1835 bestanden. Es war, seiner Einrichtung nach, das Gericht erster Instanz für die den Aemtern nicht unterworfenen Personen und zweite Instanz für die, welche sich durch den Ausspruch des Unterrichters verletzt glaubten[53]). Das den Kurfürsten bereits durch die goldene Bulle verliehene Recht, daß keiner ihrer Unterthanen vor ein auswärtiges Gericht gezogen werden dürfe (privilegium de non evocando) wurde unter Friedrich dem Streitbaren bestätigt. Hierdurch ward mittelbar die Berufung auf auswärtige Gerichte verboten[54]). Durch das im Jahre 1423 ertheilte Privilegium ward jedoch das wichtige Recht in der weitesten Ausdehnung für alle Nachfolger Friedrich's ertheilt und im Jahre 1559 anderweit bestätigt. Die oberste Gerichtsstelle war bei dem Landesherrn, welcher mit seinen Räthen über die an ihn gelangenden Sachen, nach eingeholtem Rechtsspruche des Schöppenstuhles zu Leipzig, entschied. Die höchste Instanz bildete später die Landesregierung, welcher schon 1587 einige Appellationsräthe beigegeben worden waren, bis 1605 ein besonderes Appellationsgerichtscollegium, jedoch unter der Bestimmung eingesetzt wurde, daß es nur zweimal des Jahres zusammenkommen solle, daher es auch größtentheils aus Beisitzern bestand, die zu den Juristenfacultäten und Schöppenstühlen gehörten[55]). Der Landesregierung blieb die Proceßleitung vorbehalten. Wichtige Aenderungen erfolgten im Jahre 1822[56]), bis auch das Appellationsgericht im Jahre 1835 (woselbst an dessen Stelle das Oberappellationsgericht trat, während in den vier Regierungskreisen vier Appellationsgerichte eingerichtet wurden) aufgehoben wurde. — Die peinliche Gerichtsbarkeit steht den landesherrlichen Gerichten erster Instanz, sowie infolge besonderer Verleihung, den städtischen und den Patrimonialgerichten zu[57]). Der Verspruch erfolgte bei den peinlichen Sachen (im engeren Sinne) durch den Schöppenstuhl zu Leipzig[58]) und die dasige Juristenfacultät[59]), von welchen auch die Gerichte, wenn sie die Sache nicht selbst

53) Vgl. bes. Weiße, Staatsrecht ꝛc. Th. II, §. 146 flg.

54) Günther, über das privilegium de non appellando, Dresden 1788. Siegmann, über d. churfächs. Privileg. wider die Appellat. an die Reichsgerichte, Leipzig 1789.

55) Auch wurde im Jahre 1605 eine Appellationsgerichtsordnung bekannt gemacht, deren Entwurf (von Pistoris) die Grundlage der im Jahre 1622 bekannt gemachten, für den gemeinen Proceß höchst wichtigen sog. alten Proceßordnung ist.

56) Vgl. noch Weiße a. a. O. §. 150.

57) Mit den Erbgerichten ist jedoch wenigstens das Recht zur Untersuchung und Bestrafung geringer Vergehen verbunden. Die Allg. Landesordn. v. 1555 bestimmt das Nähere.

58) Die Zeit der Errichtung des Leipziger Schöppenstuhles ist bestritten. Gewöhnlich nimmt man das Jahr 1420 an.

59) Sie wird schon im 16. Jahrhundert als ein vollkommen organisirtes

versprechen wollten, die Entscheidung in Civilsachen einholen konnten. Der Schöppenstuhl ist im Jahre 1835 und die Versendung der Criminalsachen an die Facultät infolge des bekannten Bundesbeschlusses aufgehoben worden.

Die Auflösung des teutschen Reiches, die Annahme der königlichen Würde Seiten des Kurhauses Sachsen und der Eintritt desselben in den Rheinbund sind bekannte geschichtliche Thatsachen. Zu bemerken ist dabei, daß Sachsen, welches bereits auf mehrere Erbrechte und Erbansprüche in dem 18. Jahrhunderte Verzicht geleistet hatte, wohin insbesondre der Verzicht auf die österreichische Erbfolge nach dem Tode Kaiser Karl VI. durch den Vertrag von 1743 und der Verzicht auf die bayerische Allodialerbschaft durch den Frieden von Teschen vom 13. Mai 1779 zu rechnen, auch infolge der Bestimmung des Art. 34 der Rheinbundacte alle Ansprüche an die Besitzungen anderer Bundesglieder, mit Ausnahme der eventuellen Erbfolgerechte und die ohne Consens des besitzenden Vasallen von Kaiser und Reich ertheilten Lehensanwartschaften aufgeben mußte[60]).

Was nun die Verbindung Sachsens mit Polen anlangt, so hatte bekanntlich die polnische Nation die Königswürde in Polen dem sächsischen Kurfürsten Friedrich August I. (1697) und sodann desselben Nachfolger dem Kurfürsten Friedrich August II. (1733) übertragen. Seit 1763 hatte eine weitere Verbindung beider Länder nicht bestanden. Als Napoleon die Wiederherstellung des polnischen Reiches beabsichtigte, wurde das Herzogthum Warschau durch den Tilsiter Frieden vom 7./9. Juli 1807 errichtet und dem Könige von Sachsen verliehen, welchem zugleich und zwar im Vereine mit dem Könige von Preußen die Schutzherrlichkeit über die wiederhergestellte Republik Danzig übertragen wurde. Die Verfassung des Herzogthums wurde durch eine vom Kaiser Napoleon selbst entworfene Verfassung vom 22. Juli 1807 regulirt, sowie später durch Art. 4 des Wiener Friedens vom 14. Octbr. 1809 eine beträchtliche Erweiterung seiner Grenzen erfolgte.

Die treue und edle Beharrlichkeit, mit welcher Friedrich August sein dem Kaiser Napoleon gegebenes Wort erfüllte, mußte er und sein treues Volk mit dem Verluste der größeren Hälfte seiner Staaten büßen. Durch den Wiener Frieden vom 18. Mai 1815 gingen der Wittenberger, thüringer und Neustädter Kreis gänzlich verloren. Ferner wurden einige Theile des Meißner, Leipziger und voigtländischen Kreises, der größte Theil der Hochstifter Merseburg und Naumburg nebst der Oberhoheit und anderen landesherrlichen Rechten über die thüringischen größeren Vasallen und endlich sämmtliche, nicht incorporirte Länder,

---

Spruchcollegium erwähnt. Anfänglich konnten Mitglieder derselben auch in dem Schöppenstuhl mitsitzen, was später nicht mehr erlaubt wurde.

60) Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes §. 89 flg., 118 flg.

mit Ausschluß eines Theiles der Oberlausitz[61]), abgetreten. Auch verlor Sachsen wieder das Herzogthum Warschau. Die übrig bleibende Ländermasse zerfiel nun in den Leipziger, den Meißner, den erzgebirgischen und voigtländischen Kreis (die Erblande), sowie die Oberlausitz. Diese Eintheilung besteht noch gegenwärtig.

Das für das K. Sachsen wichtigste völkerrechtliche Verhältniß ist seine Theilnahme am teutschen Bunde[62]). Im allgemeinen ist zu erwähnen, daß dem K. Sachsen im engeren Rathe der Bundesversammlung eine Virilstimme, im Pleno der Bundesversammlung aber vier Virilstimmen zustehen und daß Sachsen mit Kurhessen, Luxemburg und Nassau das neunte Armeecorps des teutschen Bundesheeres bildet[63]).

Mit mehreren Staaten sind besondere Verträge abgeschlossen worden, die sich theils auf die Territorial- und die Grenzregulirung (insbesondre mit Preußen, Oesterreich, Bayern und den sächsischen Herzogthümern), theils und vorzüglich auf verschiedene Gegenstände der Landesverwaltung beziehen[64]). Hierher gehören Verträge über die gegenseitige Aufhebung des Abschosses und der Nachsteuer[65]), — über die gegenseitige Auslieferung der Deserteurs[66]), — über die gegenseitige Uebernahme von Schublingen und Vagabonden, — über die gegenseitige Aufhebung der Kostenvergütung in Untersuchungen gegen vermögenslose Personen, — wegen der Elbschifffahrt, — wegen des teutschen Zollvereins, — wegen gegenseitiger Verpflegung erkrankter 2c. Unterthanen auf der Reise 2c., — wegen Unterdrückung des Nachdruckes, — wegen der Heimathsangehörigkeit 2c., — vorzugsweise sind jedoch die Conventionen wegen gegenseitiger Rechtshilfe in Civil- und Criminalsachen, insbesondre mit dem K. Preußen, Sachsen-Weimar, Sachsen-Altenburg u. s. w. zu erwähnen.

Was nun die Geschichte der inneren Landesverfassung anlangt, so würde eine specielle Darlegung hier zu weit führen. Bemerken will man, daß wie auf der einen Seite die Landeshoheit des Regenten sich frühzeitig in Sachsen entwickelte und erstarkte und wie das Streben seiner Fürsten nach Einheit in der Verwaltung der einzelnen Gebiets-

---

61) Der K. preußische Antheil der Oberlausitz wurde durch die Schlußacte des Wiener Congresses vom 9. Juni 1815 Art. 18 von der böhmischen Lehensherrlichkeit, jedoch mit Vorbehalt der Erbfolge, befreit.

62) Sachsen trat dem Bunde durch die Ratificationsurkunde vom 6. Juli 1816 bei.

63) Vgl. übrigens noch Grünler, Beiträge z. Staatsrechte d. K. Sachsen §. 42.

64) Vgl. insbesondre Richter's Repertorium d. Gesetzgebung Sachsens s. v. Staatsverträge.

65) Bundesacte Art. 18 und Beschluß der teutschen Bundesversammlung vom 23. Juni 1817. Auch mit mehreren auswärtigen Staaten.

66) Auch mit auswärtigen Staaten. Für Teutschland gilt die allgemeine Cartelconvention vom 10. Februar 1831.

theile schon unter Kurfürst Moritz bestimmt sich offenbarte, so andererseits die Regenten sich veranlaßt sahen, den sogenannten Landesversammlungen[67]) behufs der Bewilligung von Geldern immer größere Rechte zuzugestehen. Die Steuern wurden nur infolge besonderer Bewilligung der Stände erhoben, welche aus drei vereinigten Corporationen — den Prälaten, nebst den Grafen und Herren, ferner der Ritterschaft, und endlich den Städten — bestanden und deren Rechte zwar außer dem Steuerbewilligungsrechte nur auf den von einem Landtage zum anderen von dem Landesfürsten ertheilten Reversalien beruhten, aber bald durch Noth und Herkommen einen forterblichen Charakter erhielten[68]). Die Landesversammlungen waren theils allgemeine, wo sämmtliche Stände verhandelten, theils Ausschußtage, auf denen blos Bevollmächtigte der ständischen Corporationen erschienen, oder endlich Convent- oder Deputationstage, zu denen der Landesfürst in besonderen dringenden Fällen einzelne Ständemitglieder zur Berathung berief. In der späteren Zeit wurden einerseits die Rechte der Stände zwar beschränkt, indem die Entrichtung von Steuern als eine Pflicht angesehen wurde, andererseits aber der Beirath der Stände bei allen wichtigeren Landesangelegenheiten regelmäßiger erfordert und ihre Intercessionen beachtet. Als der Landesfürst durch den Beitritt zu dem Rheinbunde die volle Souveränetät erhielt, so wurde von dem Könige in Uebereinstimmung mit den Ständen erklärt, daß hierdurch nichts an der inneren Verfassung des Landes geändert werden solle[69]), obschon die folgenden Zeitereignisse es oft unmöglich machten, in der früheren Maße den Beirath der Stände bei wichtigeren Landesangelegenheiten einzuholen. Von Wichtigkeit war hierbei die im Jahre 1807 und bezüglich im Jahre 1811 erfolgte Gleichstellung der Katholiken und der Reformirten mit den Protestanten in allen bürgerlichen und politischen Rechten, nachdem bis dahin die protestantische Kirche in manchen Beziehungen als die alleinherrschende Kirche, trotz des Glaubensbekenntnisses des regierenden Hauses, angesehen und anerkannt worden war. Von wesentlichem Einflusse war ferner die Administration des Landes durch das Gouvernement[70]) der alliirten Mächte in der Zeit vom 21. October 1813 bis 5. Juni 1815, obschon sich König Friedrich August bei seiner Rückkehr die Entschließung vorbehielt, inwieweit die Verfügungen des fremden

---

67) Vgl. Hausmann, Beitr. z. Kenntniß d. kurf. Landtagsversammlungen, Leipzig 1799. Der erste Ursprung derselben läßt sich auch in Sachsen auf die Placita provincialia (die Volksversammlungen der freigeborenen Gutsbesitzer) zurückführen. Vgl. vorzüglich v. Langenn, Herzog Albrecht der Beherzte S. 307 flg.

68) v. Langenn a. a. O. S. 309 flg. und Desselben, Kurfürst Moritz Bd. II, S. 8 flg., 18 flg.

69) Weiße, Gesch. v. Sachsen Bd. VII, S. 174 flg.

70) Die Geschichte desselben bei Pölitz a. a. O. Th. II, S. 149 flg.

Gouvernements definitive Geltung haben sollten[71]). Die Theilung des Landes und verschiedene an den Regenten gebrachte und von diesem genehmigte Anträge machten verschiedene Abänderungen der ständischen Verfassung nöthig, wohin insbesondre die Berufung der Stände der Oberlausitz[72]) und der den alten Erblanden einverleibten stiftischen Güter zu den allgemeinen Landesversammlungen gehörte. Im Hauptwerke verblieb es jedoch bei der zeitherigen Ständeverfassung bis zum Jahre 1830, wo zwischen Regierung und Ständen eine neue Verfassung vereinbart wurde, welche unter dem 4. September 1831 feierlich als neues Staatsgrundgesetz proclamirt wurde. Dieses Grundgesetz besteht noch gegenwärtig in anerkannter Giltigkeit, indem die in dem Jahre 1848 beschlossenen Abänderungen desselben im Hauptwerke durch die spätere Gesetzgebung wieder aufgehoben worden sind[73]).

Der König vereinigt in sich die höchste Regentengewalt und ist nur bei Ausübung gewisser Rechte an den Beirath und die Zustimmung der Stände gebunden. Er ist für seine Person völlig unverletzlich und unverantwortlich, wogegen alle die Regierung betreffenden Verfügungen zu ihrer Giltigkeit die Contrasignatur eines verantwortlichen Ministers erheischen. Der König hat das Recht auf besonders feierliche Anerkennung der Unterthanenpflicht durch Leistung der Erbhuldigung bei vorkommender Veränderung der Landesherrschaft, sowie durch Leistung der Unterthaneneide (bei Erwerbung des Bürgerrechtes, bei Ansässigmachung ꝛc.), des Staatsdienereides, des Eides der Kirchendiener und Schullehrer, des Eides der Ständemitglieder[74]) und des Militäreides. Nur der letztere ist ausschließlich auf Treue und Gehorsam gegen den König (nachdem neuerdings die Beziehung auf die Verfassung wieder in Wegfall gebracht worden) gerichtet, während bei den übrigen zugleich die Beobachtung der Gesetz- und der Landesverfassung angelobt wird. Dagegen ertheilt der Regent bei dem Antritte der Regierung bei seinem fürstlichen Worte die Zusage, die Verfassung zu beobachten, aufrecht zu halten und zu beschützen. In Betreff der Vermögensrechte des Fürsten ist zu bemerken, daß das Staatsgut oder das Domänengut —

71) Ausdrücklich wurde die Gleichstellung der griechischen Glaubensverwandten und die Aufhebung des Abschosses im Inlande bestätigt. Mehrere andere Verfügungen erledigten sich durch die spätere Gesetzgebung. Die Aenderungen in der Administration wurden aufgehoben.

72) Die besonderen (Provincial-) Landtage der Oberlausitz blieben daneben bestehen.

73) Den Kammern ist jedoch das Befugniß, ihrerseits Gesetzvorschläge an den König zu bringen, belassen worden. Auch sind Nachträge zu der Verfassungsurkunde publicirt worden, welche insbesondre die Fälle betreffen, wo die Regierung durch unvorhergesehene Hindernisse außer Stand gesetzt ist, rechtzeitig die Bewilligung der Stände zur Forterhebung der Steuern zu erhalten.

74) In diesem Eide ist jedoch das Versprechen des Gehorsams gegen den König nicht enthalten.

zum Unterschiede von dem Privatvermögen des Königs (Schatullgut) und von dem Hausgute der königlichen Familie (Hausfideicommisse) — zwar das Eigenthum des Königs ist, das auf den jedesmaligen Thronfolger übergeht, jedoch die Benutzung desselben (mit wenigen Ausnahmen) den Staatskassen überlassen und dagegen, so viel das eigentliche Domänengut im engeren Sinne anlangt, dem Könige von den Ständen eine Civilliste von 500000 Thalern jährlich bewilligt worden [75]. Das königliche Hausfideicommiß [76]) ist vom Lande unzertrennlich und unveräußerlich [77]), jedoch können die zu ihm gehörigen Kostbarkeiten in Nothfällen zu Staatszwecken bis zur Höhe von einer Million Thaler verpfändet werden.

Der König übt die Oberlehensherrlichkeit aus. Alle Lehen, worüber er sie ausübt, sind Staatslehen. Der Vasall hat neben dem Lehenseide den Unterthaneneid zu leisten [78]). Die heimfallenden Lehen wachsen dem Staatsgute zu. Der König kann jedoch Erbverwandlungen [79]) bewilligen und Lehenspardon ertheilen. Die Besitzer der von den landesherrlichen Lehenshöfen relevirenden Ritter- und Freigüter, auch wenn dieselben Allodialgüter sind, genießen nur in Ansehung der Succession, des Heimfalles und der lehensherrlichen Consensbefugnisse bei Veräußerungen Befreiung von Lehensnexus, sind aber im übrigen den Vasallenpflichten zur Lehenstreue und zur Lehenserneuerung, ingleichen der Obsicht der Hypothekenbehörden unterworfen [80]).

---

75) Sobald daher nicht mindestens dieser Betrag bewilligt wird, kann der König das Domänengut im engeren Sinne wieder zur eigenen freien Verwaltung und Benutzung übernehmen. Veräußerung und Verpfändung des Staatsgutes ist jedoch unbedingt an die Zustimmung der Stände gebunden. Bei jedem Thronwechsel ist eine neue Verabschiedung der Civilliste vorgeschrieben.

76) Hierzu gehören insbesondre die bedeutenden Kunstsammlungen.

77) Im Falle eines Aussterbens der jetzigen Linie geht es nicht auf die Allodialerben, sondern auf den jedesmaligen Regenten über.

78) Die Leistung der Lehenspflicht ist durch das neue Grund- und Hypothekengesetz nicht aufgehoben. — Auf der Verbindung beider Subjectionsarten beruht übrigens zugleich die Idee des vollen Landsassiats. Zufolge dessen können persönliche Klagen auch gegen den im Auslande wohnenden Besitzer eines inländischen Gutes in foro des letzteren angestellt werden. Vgl. noch Biener, Syst. proc. §. 22. not. 4. Durch Conventionen mit anderen Ländern (z. B. Preußen, Altenburg) ist der volle Landsassiat bezüglich der Unterthanen dieser Länder aufgehoben. Vgl. noch Osterloh, Lehrb. des ord. sächs. Proc. §. 139, Anm. 11, 12.

79) Dieselben sind außerordentlich erleichtert und begünstigt. Vgl. Declaration v. 22. Febr. 1834. Selbst bei den auf dem Falle stehenden Lehen soll — einer königl. Zusicherung v. 30. Octbr. 1834 zufolge — Billigkeit vorwalten. Besondere Vorschriften beziehen sich auf die Schönburgischen und Wildenfelsischen Lehen. — Die Erbverwandlungsquanta fallen an die Staatskasse.

80) Die Erwerber solcher Güter schwören auch den vollständigen Lehenseid, nur daß die Verreichung selbst „unbeschadet der Erblichkeit" geschieht. — Im übrigen ist hier insbes. zu vergleichen Heyne, Comment. z. Hypothekengesetze Bd. I, S. 380. II, S. 136 flg.

Dem Könige steht das Recht zu, den Adel sowie eine höhere Klasse des Adels, nicht minder Titel und Würden, und endlich Orden und andere öffentliche Ehrenzeichen zu verleihen. Was die Orden betrifft, so kommen in Betracht: 1) der am 7. October 1736 gestiftete und später erneuerte St. Heinrichsorden für militärisches Verdienst im Felde[81], — 2) der am 7. Juni 1818 gestiftete Verdienstorden[82], — 3) der Albrechtsorden[83], am 31. December 1850 gestiftet[83a]. Auch das hergebrachte Recht der Universität, zu academischen Würden zu promoviren, sowie das auf ehemals kaiserlicher Comitive beruhende Befugniß der Juristenfacultät und des Stadtrathes zu Leipzig, Notarien zu creiren, ist auf eine landesherrliche Comitive basirt[84]. Eine Folge davon ist die Nothwendigkeit der landesherrlichen Anerkennung der auf auswärtigen Universitäten promovirten Doctoren[85].

Ebenso steht dem Könige das Recht zu, die Gesammtheit des Staates in allen Beziehungen des Wechselverkehres desselben mit anderen Staaten zu vertreten, jedoch dergestalt, daß da, wo das Verhandelte auf die bürgerlichen und politischen Rechte der eigenen Unterthanen von Einfluß ist und nicht blos die Erleichterung der gegenseitigen Rechtshilfe bezweckt, die Zustimmung der Stände eingeholt werden muß. Dem Könige steht mit dieser Beschränkung das Recht zur Abschließung von Staatsverträgen zu. Nicht minder gebührt ihm allein das Recht, einen den Interessen des Staates entsprechenden regelmäßigen Verkehr mit anderen Staaten durch Absendung und Annahme von Gesandten, diplomatischen Agenten und Consuln zu unterhalten[86].

---

81) Er hat vier Klassen (Großkreuze, — Commandeurs erster und zweiter Klasse, — Ritter). Großmeister ist der König.

82) Er hieß früher (bis z. J. 1850) Civilverdienstorden. Er hat fünf Klassen und zwar außer den vier Klassen, wie vorsteht, Kleinkreuze. — Mit dem St. Heinrichs- und dem Verdienstorden sind noch die goldenen und silbernen Medaillen verbunden. Es können mit ihnen Gratificationen bewilligt werden.

83) Zum Andenken an den Stammvater der Albertinischen Linie des Hauses Sachsen, Herzog Albrecht den Beherzten. „Jeder, welcher dem Staate nützliche Dienste geleistet, sich durch bürgerliche Tugend, Wissenschaft, Kunst und sonst auszeichnet, oder Anspruch auf Unsere Erkenntlichkeit erworben hat, kann in den Orden aufgenommen werden." Auch dieser Orden besteht aus fünf Klassen.

83a) Außerdem sind noch zu erwähnen die den Capitularen der Hochstifter Meißen, Merseburg und Naumburg, sowie den Canonicis der Collegiatstifter Wurzen und Zeitz besonders zugestandenen Ehrenzeichen, — die Rettungsmedaillen, — und die Preismedaillen für gewerbliche Verdienste.

84) Generale v. 6. Juni 1807.

85) Hierüber bestehen besondere Vorschriften. Es wird das Anerkenntniß nicht verweigert, wenn der Promovirte die Würde auf Grund besonders hierzu nachgewiesener Befähigung oder als Ehrenauszeichnung erhielt. Vgl. insbes. Verordnung vom 24. April 1841. Besondere Bestimmungen gelten noch über das Recht der auswärts promovirten Doctoren der Medicin zur Ausübung der Praxis.

86) Vgl. Grünler a. a. O. §. 50 flg. — Die Gesandten haben durch das Gesetz v. 3. Sept. 1827 das Recht erlangt, Recognitionen von Urkunden

Die besonderen Rechte des Königs als des Hauptes der Familie sind durch das Hausgesetz vom 30. December 1837 geordnet. Insbesondre sind alle Glieder des königlichen Hauses der Hoheit, Aufsicht und in gewissen Fällen auch der Gerichtsbarkeit des Königs untergeben. Dieses Gesetz hat auch für den Kronprinzen eine jährliche Apanage von 30000 Thalern vom 21. Jahre an und im Falle ebenbürtiger Vermählung von 60000 Thalern, sowie bestimmte Apanagen für die übrigen Glieder des königl. Hauses festgesetzt, jedoch dergestalt, daß die Höhe dieser jährlichen Bezüge (ausschließlich des auf 40000 Thlr. jährlich festgesetzten Witthums) die Jahressumme von 120000 Thlrn. nicht übersteigen darf und, da nöthig, insoweit verhältnißmäßig diese Bezüge zu reduciren sind.

Von vorzüglicher Wichtigkeit ist hierbei die Secundogenitur. Als durch den Vertrag vom 6. October 1776 die Kurfürstin Marie Antonie dem Könige Friedrich August ihre Erbansprüche an den bayerischen Allodialnachlaß abgetreten, stipulirte sie sich dafür die Errichtung einer Secundogenitur. Diese ist später durch ein Abkommen im Jahre 1781 näher bestimmt worden und besteht in einer aus der Staatskasse zu zahlenden Jahresrente von 85000 Thalern für die nachgeborene Descendenz der Stifterin [87]).

Das Unterthanenrecht im K. Sachsen [88]) wird begründet durch Geburt (wenn der Vater, bei außerehelichen Kindern die Mutter zur Zeit der Geburt dem sächsischen Staate als Unterthan angehörten), Legitimation durch nachfolgende Ehe (nicht auch, ohne besondere Genehmigung, durch Adoption oder ausdrückliche Legitimation eines Ausländers durch einen Sachsen), durch Verheurathung der Ausländerin mit einem Inländer, durch die Aufnahme (vorausgesetzt, daß die Gemeindebehörde des Ortes, wo der Ausländer sich niederlassen will, ihn in den Gemeindeverband aufzunehmen bereit ist) und durch Uebertragung eines öffentlichen Amtes. Jeder Ausländer, der sich im Inlande unter gleichzeitigem Wohnsitze ansässig machen oder sich daselbst niederlassen will, um ein Gewerbe, eine Kunst ꝛc auszuüben oder ein lebenslängliches Communalamt oder ein nicht auf Verleihung einer Staatsbehörde beruhendes Kirchen- oder Schulamt zu bekleiden, ist verbunden, vor Ausführung

---

solcher Unterthanen, die sich im Auslande aufhalten, vorzunehmen. Dieses Befugniß ist durch das Gesetz v. 3. Juni 1840 auch den Handelsconsuln beigelegt worden. Vgl. noch besonders Oppenheim, prakt. Handb. der Consulate aller Länder (Erlangen 1854) Cap. XII, S. 118 flg.

87) Vgl. noch das Hausgesetz §. 42 flg. Die Nachkommen des jetzigen Berechtigten succediren in diese Secundogenitur nach dem Rechte der Erstgeburt in agnatischer Linealerbfolge. Gelangt der Inhaber der Secundogenitur zur Thronfolge, so geht der Besitz derselben nicht auf die Descendenz des nunmehrigen Regenten (welche ausgeschlossen ist), sondern auf den außer ihr zunächst Berechtigten über.

88) Gesetz v. 2. Juli 1852, über Erwerbung und Verlust des Unterthanenrechtes im K. Sachsen.

seines Vorhabens um Aufnahme in den sächsischen Unterthanenverband nachzusuchen. Die Aufnahme eines Ausländers erstreckt sich zugleich auf seine Ehefrau und seine noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder. Eine zeitweise Aufnahme findet rücksichtlich derjenigen Individuen statt, welche dem Auslande nicht zugewiesen werden können, auf die Dauer dieser Behinderung. Uebrigens bestehen noch besondere Vorschriften über das Heurathen der Ausländer und der Handwerksgesellen[89]). Hiermit stehen auch die älteren Staatsverträge mit Preußen und die neueren Staatsverträge mit mehreren teutschen Staaten wegen gegenseitiger Uebernahme der Ausgewiesenen in Verbindung[90]). Insbesondre sollen Ausländer, wo nicht dergleichen Verträge etwas anderes bestimmen, welche sich in hiesigen Landen verheurathen wollen, hierzu die Genehmigung ihrer (ausländ.) Behörde, durch welche die Wiederaufnahme des Ausländers mit Frau und Kindern, bezüglich der Witwe und der Kinder, zugesagt wird, beibringen. Das Unterthanenrecht geht verloren durch Entlassung, welche nicht verweigert wird, wenn der Austretende selbstständig ist oder die Genehmigung seiner Vertreter beibringt, seiner Militärpflicht Genüge geleistet hat, nicht mit anderen, gegen Staat oder Gemeinde obliegenden Verpflichtungen behaftet ist, deren Erfüllung gefährdet sein würde, und auf Erfordern nachweist, daß er in dem Staate, in den er auszuwandern gedenkt, Aufnahme finden werde[91]), — durch stillschweigende Entsagung, welche bei einer Aufgabe des hiesigen Wohnsitzes nach zehn Jahren, — bei Anstellung in fremden Diensten ohne Genehmigung des Königs, angenommen wird, — durch Verheurathung einer Sächsin mit einem Ausländer, — und durch den Ausspruch der Behörde, insbesondre bei unterbliebener Rückkehr der außer Teutschland gegangenen Personen nach vorheriger öffentlicher Aufforderung der Regierung.

Die Rechte der Unterthanen sind durch die Verfassungsurkunde und spätere Gesetze geregelt. Hierher gehört die Gleichheit vor dem Gesetze und mit dieser die Aufhebung des privilegirten Gegenstandes, der nur in sehr wenigen Ausnahmen (für das Staatsoberhaupt, das königl. Haus, den Fiscus, das Hochstift Meißen ꝛc.) fortbesteht[92]). Ebenso ist die Freiheit der Person und die freie Gebahrung mit dem Eigenthum gewährleistet. Insbesondre sind die Frohendienste, die Zehntenverpflichtung und die sonstigen hierher gehörigen Reallasten

89) Mand. v. 10. Oct. 1826.

90) Vgl. die Verträge mit Nassau, Großh. Hessen, Kurf. Hessen, Braunschweig, Hannover, Lippe, Bremen ꝛc. (v. 15. Juli 1851 ꝛc.).

91) Hier kann jedoch durch einen von der Gemeindebehörde ausgestellten und der Oberbehörde bestätigten Heimathsschein das Unterthanenrecht vorbehalten werden. — Bei dem Wegzuge findet eine sog. Nachsteuer (Abzugsgeld) nicht statt — Die Bestimmungen wegen Auswanderung sind in dem Gesetze v. 1852 und der Verordnung v. 12. Aug. 1851 enthalten.

92) Davon weiter unten.

abgelöst[93]). Dagegen kann das Eigenthum des Privaten zu Staatszwecken infolge besonderer Gesetze (insbesondre gehören hierher die Expropriationsgesetze behufs des Baues und Betriebes der Eisenbahnen) gegen volle Entschädigung des Eigenthümers in Anspruch genommen werden. Jeder Unterthan ist berechtigt, seinen Beruf und sein Gewerbe nach eigener Neigung zu wählen. Ferner ist völlige Freiheit des Gewissens und der Schutz bei der Gottesverehrung seines Glaubens, letzterer in der besonders bestimmten Maße, gewährleistet. Als in Sachsen aufgenommene christliche Kirchengesellschaften bestehen die Protestanten, Katholiken[94]), Griechen und Reformirten, welche gleiche bürgerliche und politische Rechte genießen. Hierzu sind neuerdings die teutsch-katholischen Glaubensgenossen gekommen[95]). Die Juden sind in hiesigen Landen rücksichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse, welche nicht vom vollständigen Staatsbürgerrechte abhängen, den übrigen Unterthanen gleichgestellt. Sie können Heimathsrechte im Inlande erwerben, jedoch nur in Dresden und Leipzig bleibenden Aufenthalt nehmen, daselbst, wenn gleich unter mehrfachen Beschränkungen und Ausnahmen, Gewerbe treiben, auch daselbst unter einigen Beschränkungen Grundstücke erwerben. Sie müssen dagegen einen bestimmten erblichen Familiennamen führen und bei ihren Contracten, Ehestiftungen ꝛc. der teutschen Sprache sich bedienen[96]). Die früheren Beschränkungen in Betreff der Giltigkeit der zwischen Juden und Christen abgeschlossenen Geschäfte sind, insbesondre durch das Gesetz vom 13. Februar 1840, aufgehoben worden.

Das Staatsunterthanenrecht hängt mit dem Ortsheimathsrechte zusammen[97]). Das Staatsterritorium ist in Heimathsbezirke eingetheilt. Dieselben fallen in der Regel, jedoch nicht nothwendig, mit den Gemeindebezirken zusammen. Der nächste Zweck der Einrichtung ist Erleichterung der Pflicht zu Versorgung der Armen und Hilflosen. Jeder Staatsangehörige muß einem Heimathsbezirke angehören, der verpflichtet ist, ihm und den Seinigen, wenn er in den Zustand der Verarmung und Hilflosigkeit geräth, Aufnahme und, da nöthig, Unterstützung zu gewähren. Die Behörde des Ortes, wo er sich zeither aufhielt, kann ihn in diesem Falle in seinen Heimathsbezirk zurückweisen. Jeder sächsische Staatsangehörige ist an demjenigen Orte heimathsangehörig, wo er zuletzt die Heimathsangehörigkeit erlangt hat, außerdem aber, wo er geboren ist (vorausgesetzt, daß dieser Ort nicht ein zufälliger, vorübergehender Aufenthalt des Vaters oder

93) Davon noch später.

94) Die Gleichstellung der Katholiken erfolgte nach dem Posener Frieden in dem Mand. v. 16. Febr. 1807; der Reformirten durch das Mand. v. 18. März 1811 und der Griechen durch das Rescr. v. 7. Aug. 1815.

95) G. v. 2. Nov. 1848.

96) Vgl. insbes. das Gesetz v. 16. Aug. 1838.

97) Gesetz v. 26. Nov. 1834 u. 3. Juli 1852.

der Mutter war, außerdem der Heimathsort der Eltern). Erlangt wird die Heimathsangehörigkeit durch ausdrückliche Ertheilung der Ortsobrigkeit und der Gemeindevertreter, sowie durch Ansässigkeit mit einem Wohngebäude oder Gewinnung des Bürgerrechtes, jedoch in diesen beiden Fällen erst mit Ablauf von einem fünfjährigen Zeitraum [98]).

Die innere Organisation des Gemeindewesens der städtischen Gemeinden ist durch die allgemeine Städteordnung vom 2. Februar 1842 geregelt [99]). Nur den kleineren Städten ist es freigestellt, statt der Städteordnung die für die Landgemeinden bestehende Ordnung als Norm für ihre innere Einrichtung anzunehmen. Die Leitung des städtischen Gemeindewesens ruht in den Händen des Stadtrathes und der Stadtverordneten (welche beide Collegien die Gemeinde vertreten), unter der Oberaufsicht des Staates. Der Stadtrath (welcher die Gemeinde nach Außen vertritt) ist ein unter der Leitung eines Vorsitzenden (Bürgermeister, Oberbürgermeister) bestehendes Collegium, dessen Mitglieder von den Stadtverordneten theils auf Lebenszeit mit Besoldung, theils ohne diese auf mehrere Jahre gewählt werden. Der Stadtrath ist der Verwalter der städtischen Angelegenheiten, die obrigkeitliche Behörde des Gemeindebezirkes, insbesondre die Inspections- und Collaturbehörde über Kirchen, Schulen und Stiftungen, und das Organ der Staatsgewalt, insbesondre rücksichtlich der Erhebung der Steuern und der Verwaltung der Polizei. Die Stadtverordneten [100]) controliren die Verwaltung des Stadtrathes im Namen der Gemeinde und ihre Zustimmung ist bei wichtigeren Angelegenheiten, insbesondre bei Angelegenheiten, die das Gemeindevermögen und die Feststellung neuer Abgaben betreffen, erforderlich. Im Falle des Dissenses entscheidet die Oberbehörde. Zu bemerken ist hier in Betreff der städtischen Verfassung noch, daß der frühere Zunftzwang der Städte in neuerer Zeit, insbesondre zu Gunsten des platten Landes [101]), mannigfache Beschränkungen erlitten, im übrigen aber die besonderen Rechte der Handwerksinnungen, insbesondre das Verbietungsrecht der Innungen gegen nichtzünftige Personen, welche an demselben Orte von demselben Gewerbe sich nähren, im allgemeinen noch aufrechterhalten sind. In mehreren größeren Städten bestehen zur Aufrechterhaltung der öffent-

98) Eine gute Zusammenstellung der auf das Unterthanen- und das Heimathsrecht bezüglichen Bestimmungen in dem Handbuche von v. Bose (Colditz 1852).

99) Einige Modificationen enthält d. G. v. 9. Dec. 1837. Die im Jahre 1848 eingeführten Aenderungen sind durch das Gesetz v. 11. Mai 1852 wieder aufgehoben worden.

100) Die Wahl derselben erfolgt durch die der bürgerlichen Ehrenrechte theilhaftigen Bürger und zwar in größeren Städten durch Wahlmänner aus denselben, in den kleineren unmittelbar.

101) Vgl. bes. d. Gesetz v. 9. Octbr. 1840.

lichen Ordnung Communalgarden[102]), welche aus den waffenfähigen und selbstständigen Einwohnern (vom 21. bis 45. Jahre) gebildet werden.

Auch die Landgemeinden werden ebenso wie die Stadtgemeinden als Corporationen anerkannt, welche fähig sind, Vermögen zu besitzen und ihre Angelegenheiten durch Personen ihres Mittels, unter Aufsicht der Obrigkeit und der vorgesetzten Regierungsbehörde, zu besorgen[103]). Als Mitglieder der Gemeinde gelten alle selbstständige Personen, welche innerhalb des Gemeindebezirkes wohnen oder Grundstücke besitzen. Die Organisation dieser Gemeinden ist der der städtischen Gemeinden ähnlich. Die Leitung der Gemeindeangelegenheiten, insbesondre die Verwaltung des Gemeindevermögens, erfolgt durch den von der Gemeinde aus ihrer Mitte auf 6 Jahre gewählten und von der Behörde zu bestätigenden Gemeindevorstand[104]), welchem als Stellvertreter wenigstens ein Gemeindeältester beigegeben ist. In größeren Gemeinden steht dem Gemeindevorstande ein von der Gemeinde zu wählender Ausschuß von mehreren Personen (Gemeinderath) zur Seite, während in kleinen Gemeinden an die Stelle des Gemeinderathes die Versammlung der stimmberechtigten Gemeindeglieder dergestalt tritt, daß die Unangesessenen durch Abgeordnete ihres Mittels vertreten werden[105]). Befreiungen von den Gemeindeleistungen (mit Ausnahme der Geistlichen, Schullehrer und unter gewissen Bedingungen des Militärs) finden hier, wie auch in den Stadtgemeinden, nicht mehr statt[106]). —

Einen großen Einfluß auf die Verhältnisse des bäuerlichen Grundeigenthums hat, nachdem bereits verschiedene gesetzliche Verpflichtungen gegen die Gutsherrschaften durch das Gesetz selbst in Wegfall gebracht worden, die Ablösung sämmtlicher Dienste und Frohnen[107]) gehabt. Sie ist durch das Ablösungsgesetz vom 17. März 1832 regulirt. Nach Maßgabe desselben können diese Frohnen und Dienste auch auf einseitigen Antrag des Berechtigten oder des Verpflichteten gegen Ent-

---

102) Mandat v. 29. Nov. 1830. Gesetz v. 25. Juni 1840.

103) Landgemeindeordn. v. 7. Nov. 1838.

104) Als Beamte der Polizei und zugleich als gerichtliche Hilfsbeamten fungiren die gleichfalls aus den Gemeindemitgliedern gewählten Dorfrichter und Gerichtsschöppen. Die Stelle des Dorfrichters und des Gemeindevorstandes ist häufig in derselben Person vereinigt.

105) Die Unangesessenen werden Hausgenossen genannt; die Begüterten theilen sich, nach der Größe und Beschaffenheit ihrer Besitzungen, in Hüfner (Anspänner, Pferdner), Gärtner (Hintersassen) und Häusler (Cotsassen, Cossäten). Bei der Vertheilung der Gemeindelasten werden vier Gärtner oder acht Häusler einem Hüfner gleichgeachtet.

106) Selbst die auf dinglichen Rechten beruhenden Befreiungen mußten binnen 3jähriger Frist, von Publication der Landgemeindeordnung an, bei Verlust dieser Rechte angemeldet werden.

107) Nicht ablösbar sind z. B. Bannrechte, Communal- und Parochialleistungen, Uebertragung der Untersuchungskosten rc. — Eine Erwerbung durch Verjährung ist künftig ausgeschlossen.

schädigung, welche von dem letzteren durch Zahlung eines (den 25fachen Betrag des jährlichen Geldwerthes der Leistung ausmachenden) Kapitales oder Uebernahme einer jährlichen, auf dem Grundstücke haftenden Rente[108]) gewährt wird, in Wegfall gebracht werden und sind ziemlich im ganzen Lande in Wegfall gebracht worden. Zu Regulirung dieser Angelegenheiten ist als Oberbehörde eine Generalcommission niedergesetzt, während die unmittelbare Regulirung durch Specialcommissionen erfolgt, welche aus einem zum Richter qualificirten Juristen und einem ökonomischen Sachverständigen[109]) zusammengesetzt sind. Die Specialcommission ermittelt die Beschaffenheit und den Werth der Dienste, beziehentlich unter Berücksichtigung der Gegenleistungen, und entscheidet die vorkommenden Streitigkeiten in erster Instanz. So viel insbesondre die Ablösung der Naturalleistungen an Geistliche und Schullehrer anlangt, so ist sie, nachdem sie zum Theil wieder sistirt worden war, durch das Gesetz vom 10. Febr. 1851 vollständig wieder gestattet worden, nur daß die Werthsermittelung des Getreidezehnten im ganzen Lande nach einem bestimmten festen Preise erfolgt. Auch im übrigen sind alle dergleichen Leistungen der Ablösung unterworfen und neuere Gesetze[110]) haben insbesondre auch die Ablösung des Lehengeldes geregelt. — Von gleicher Wichtigkeit sind die Gesetze über die Gemeinheitstheilungen und über die Zusammenlegung der Grundstücke. In ersterer Beziehung ist bestimmt, daß ländliche Grundstücke, welche sich im Eigenthum von Stadt- oder Dorfgemeinden befinden, und woran den einzelnen Gemeindegliedern die Benutzung zusteht, auf Antrag jedes ansässigen, zur Benutzung berechtigten Gemeindemitgliedes zur Theilung unter die Nutzungsberechtigten dergestalt gebracht werden, daß jeder derselben einen verhältnißmäßigen Antheil zum ausschließlichen Eigenthum erhalte[111]). Die Zusammenlegung von Grundstücken anlangend, so will dasselbe Gesetz den Umtausch durcheinanderliegender ländlicher, verschiedenen Besitzern gehöriger Grundstücke vermitteln, um hierdurch für jeden der letzteren eine möglichst nahe und zusammenhängende sowie überhaupt für die Bewirthschaftung günstige Lage seiner Besitzungen bezweckt wird. Sie findet selbst gegen den Willen eines Theiles der Besitzer, unter gewissen Beschränkungen,

108) Diese können durch Kapitalzahlung abgelöst werden. Auch können sie an die Landrentenbank überwiesen werden. Dieses höchst wichtige und einflußreiche Institut hat die segensreichsten Früchte getragen und gewährt dem Verpflichteten die Möglichkeit, nach einer gewissen Reihe von Jahren durch pünktliche Abentrichtung der Rente die Verpflichtung vollständig zu beseitigen.

109) Beide verwalten ihr Amt nur zufolge eines ihnen für die einzelne Ablösung ertheilten Auftrages und sind keine Staatsdiener. Zumeist sind die juristischen Commissare Advocaten.

110) In dem neuen Gesetze v. 11. Nov. 1850 ist zugleich bestimmt, daß mit dem 31. Decbr. 1853 alle Lehengeldberechtigungen erloschen sind, auf deren Ablösung bis dahin nicht provocirt worden ist.

111) Gesetz v. 17. März 1832.

statt. Diese Zusammenlegungen und jene Gemeinheitstheilungen werden gleichfalls von den Ablösungsbehörden besorgt. Besondere Gesetze regeln die Dismembrationen[112]). Bei den bäuerlichen Grundstücken kommt insbesondre der Auszug vor, welcher, wenn er gerichtlich bestätigt ist, als Reallast auf jeden Besitzer übergeht und durch nothwendige Subhastation nicht erlischt. Er besteht in der Bewilligung gewisser Emolumente an Naturalien, Geldleistungen, Dienstleistungen, Wohnung u. dergl. und wird insbesondre bei Gutsveräußerungen von dem Acquirenten dem früheren Wirthe als ein Theil des Kaufpreises bewilligt. Die einschlagenden Rechtsgrundsätze sind durch Thesen des Oberappellationsgerichtes (v. 8. Octbr. 1839) geregelt, die sich in praxi sehr bewährt haben.

Die besonderen Vorrechte des Adels als eines besonderen Standes sind zum größten Theile weggefallen[113]). Hierher gehören z. B. die Befreiung vom gewöhnlichen Gerichtsstande, die Berufung zu gewissen Staatsämtern[114]), die alleinige Befähigung Rittergüter zu besitzen[115]), die Befreiung von gewissen Steuern und Abgaben rc.[116]). Unter den Privilegien des Adels ist insbesondre das Vorrecht des alten Adels, die Stiftsfähigkeit in dem Hochstifte Meißen, hervorzuheben[117]).

Die Stände sind — nach der Definition in §. 78 der Verfassungsurkunde „das gesetzmäßige Organ der Gesammtheit der Staatsbürger und Unterthanen und, als solches, berufen, deren auf der Verfassung beruhende Rechte, in dem durch selbige bestimmten Verhältnisse zur Staatsregierung, geltend zu machen[118])." Sie repräsentiren daher die Gesammtheit, nicht einzelne Klassen der Unterthanen und vertreten sie nur dem Könige gegenüber, nicht nach außen oder gegen einzelne Behörden. Die Ständeversammlung ist in zwei Kammern getheilt,

---

112) G. v. 30. Nov. 1843. Als Regel gilt, daß ein Dritttheil der Steuereinheiten des geschlossenen Complexes abgetrennt werden darf. Vgl. noch V. v. 26. Febr. 1853.

113) Ueber das frühere Recht vgl. v. Römer, Staatsrecht rc. des Kurf. Sachsen Th. III, Abth. II, Abschn. 4, 5.

114) In früherer Zeit gab es in den höheren Collegien eine sog. adlige und eine gelehrte Bank, letztere aus Doctoren der Rechte bestehend.

115) Insbesondre nach dem Vorgange älterer Gesetze aufgehoben durch das Mand. v. 2. Nov. 1825 und in Bezug auf den Bauernstand durch das Gesetz v. 22. Febr. 1834.

116) Vgl. Gesetz v. 9. Sept. 1843.

117) Gleichgestellt sind die Doctoren und Licentiaten in den höheren Facultäten. Jenes Vorrecht gründet sich auf eine Bulle des Pabstes Sixtus V. v. J. 1476.

118) Die Abgeordneten der Rittergutsbesitzer, der Städte und des Bauernstandes in der II. Kammer können jedoch ausnahmsweise, wenn wenigstens drei Viertheile der Anwesenden ihren Stand in seinen besonderen Rechten und Interessen durch den Beschluß der Mehrheit für beschwert erachten, eine Separatstimme abgeben. Ein gleicher Vorbehalt ist dem Hochstifte Meißen, den Besitzern der schönburgischen Receßherrschaften und dem Besitzer der Herrschaft Wildenfels nachgelassen.

die sich aber in ihren staatsrechtlichen Befugnissen einander völlig gleich stehen und in der Regel, der Regierung gegenüber, nur als Eine Gesammtheit auftreten[119]). Die Mitglieder der ersten Kammer sind: die volljährigen Prinzen des königlichen Hauses, — das Hochstift Meißen durch einen Deputirten seines Mittels, — der Besitzer der Herrschaft Wildenfels, — die Besitzer der fünf schönburgischen Receßherrschaften durch einen ihres Mittels, — ein Abgeordneter der Landesuniversität Leipzig, — der Besitzer der Standesherrschaft Königsbrück — und der St. Reibersdorf, — der evangelische Oberhofprediger, — der Decan des (kathol.) Domstiftes St. Petri zu Bautzen, — der (evangel.) Superintendent zu Leipzig, — das Collegiatstift zu Wurzen durch einen Abgeordneten, — die Besitzer der vier schönburgischen Lehensherrschaften[120]) durch einen ihres Mittels, — 12 auf Lebenszeit gewählte Abgeordnete der Rittergutsbesitzer, — 10 vom Könige nach freier Wahl auf Lebenszeit ernannte Rittergutsbesitzer, — die erste Magistratsperson der Städte Dresden und Leipzig, — die erste Magistratsperson in sechs vom Könige, unter möglichster Berücksichtigung aller Theile des Landes, nach Gefallen zu bestimmenden Städten. Die zweite Kammer besteht aus 20 Abgeordneten der Rittergutsbesitzer, 25 Abgeordneten der Städte, 25 Abgeordneten des Bauernstandes und fünf Vertretern des Handels- und Fabrikstandes. — Hiernach haben die Ständemitglieder entweder ein selbstständiges, fortdauerndes Befugniß oder das Recht durch besondere Wahl erhalten, wovon das erstere, nach Verschiedenheit der Verhältnisse, wieder von der Geburt, dem Territorialbesitze, dem Amte, der Mitgliedschaft in der Corporation oder Genossenschaft und der Abordnung durch letztere abhängt[121]). Als allgemeine Erforderniße zu der Fähigkeit eines Abgeordneten sind noch zu erwähnen: ein Alter von 30 Jahren, jedoch bei den Mitgliedern der I. Kammer, welche als königliche Prinzen oder wegen erblichen Stimmen oder kraft ihres Amtes in der I. Kammer erscheinen, das Alter der Mündigkeit von 21 Jahren und bei den Magistratspersonen der Städte das Alter von 25 Jahren, und Bekenntniß einer der vier christlichen Confessionen. Ferner muß jeder der vom Könige ernannten zehn Rittergutsbesitzer von seinem Grundbesitze in Sachsen einen jährlichen Reinertrag von 4000 Thalern und jeder der zwölf in die I. Kammer zu wählenden Rittergutsbesitzer einen solchen von wenigstens 2000 Tha-

---

119) Zu bemerken ist jedoch, daß das Standesrecht Einiger nicht durch die dermalige Verfassung bedingt und von dem Bestande derselben abhängig ist, vielmehr auf völkerrechtlichen Verträgen beruht und daher nicht ohne ihre Zustimmung geändert werden kann. Hierher gehören die ständischen Rechte des Hochstiftes Meißen, der Herrschaft Wildenfels, des Gesammthauses Schönburg und der lausitzer Stände aus der Klasse der Rittergutsbesitzer und Städte, soweit sie mit den allg. Ständen des Königreiches vereinigt sind.

120) Ueb. d. schönburg. Receß- u. Lehensherrschaften s. oben.

121) Milhauser S. 150.

lern haben[122]). Die Abgeordneten der II. Kammer werden nach gewissen Wahlbezirken und dergestalt gewählt, daß die Wahl nur auf solche, die der nämlichen ständischen Klasse der Wähler angehören und in demselben Wahlbezirke die materielle Grundlage ihrer Wählbarkeit haben, gerichtet werden kann[123]). Die Wahl erfolgt, mit alleiniger Ausnahme der Abgeordneten der Rittergutsbesitzer, welche von diesen unmittelbar gewählt werden, in der Maße, daß die Stimmberechtigten zuerst eine bestimmte Zahl Wahlmänner aus ihrer Mitte und diese sodann den Abgeordneten und dessen Stellvertreter wählen. Die Stimmberechtigung setzt das 25. Altersjahr, das Bekenntniß einer der christlichen Confessionen ꝛc., sowie bezüglich den Besitz eines Rittergutes, eines städtischen oder ländlichen Grundstückes ꝛc. voraus, während der Wahlmann außerdem noch einen bestimmten Census der Grundsteuer entrichten oder in den Städten Mitglied der städtischen Behörde oder des Stadtverordnetencollegiums sein muß. Der Abgeordnete soll auch bereits drei Jahre sich im Besitze derjenigen Eigenschaften befinden, welche die Wählbarkeit oder Stimmberechtigung in der nämlichen Klasse begründen. Nicht minder gehört zu den Bedingungen der Wählbarkeit in die II. Kammer, daß der Rittergutsbesitzer von seinem Gute einen jährlichen Reinertrag von wenigstens 600 Thalern beziehe, sowie daß der städtische Abgeordnete ein Haus, auf das jährlich mindestens 10 Thlr. Grundsteuer entrichtet, oder ein freies Vermögen von 6000 Thalern besitze, oder ein sicheres Einkommen von jährlich 400 Thalern beziehe, oder einen bestimmten Personalsteuersatz entrichte, oder Mitglied des Stadtrathes, des städtischen Gerichtes oder des Stadtverordnetencollegiums sei, und endlich daß der bäuerliche Abgeordnete Landwirth oder Fabrikbesitzer auf dem Lande sei und mindestens 30 Thaler Steuern entrichte[124]). — Die Wahlen erfolgen unter der Leitung königlicher Commissarien und setzen zum Theil das Erscheinen einer gewissen Anzahl Stimmberechtigter voraus, während das Gesetz zur Wahl selbst in der Regel absolute Stimmenmehrheit verlangt und nur bei dritter Abstimmung relative Stimmenmehrheit zuläßt. — Die Wahlen zur II. Kammer erfolgen auf je drei Landtage und mithin, da der ordentliche Landtag aller drei Jahre einberufen wird, auf neun Jahre. Mit dem Schlusse jedes Landtages scheidet ein Dritttheil der Abgeordneten aus, so daß mit Ablauf von neun Jahren die Mitglieder völlig erneut sind. Die ausscheidenden Mitglieder sind jedoch wieder wählbar. — Die beiden Kammern verhandeln, getrennt von einander, und, der Regel nach, in

122) Darauf, ob der Rittergutsbesitzer von Adel ist, kommt durchgängig und allenthalben nichts weiter an.

123) Die Wahlbezirke sind daher auch in Rücksicht auf die zu wählenden Individuen von Wichtigkeit. Sie sind mit Rücksicht auf die Kreisverfassung gebildet.

124) Staatsdiener bedürfen zur Annahme der Wahl der Genehmigung der vorgesetzten Behörde.

öffentlichen Sitzungen. Der Präsident der I. Kammer wird vom König nach freier Wahl, der Vicepräsident derselben sowohl als der Präsident und der Vicepräsident der II. Kammer werden gleichfalls vom König, jedoch aus den hierzu von der betreffenden Kammer vorgeschlagenen Mitgliedern, auf die Dauer jedes einzelnen Landtages ernannt. Die Vorberathung der einzelnen Gegenstände erfolgt durch hierzu bestimmte Deputationen (die erste: für die Gesetzgebung und Verfassung; die zweite für Gegenstände des Finanzwesens; die dritte für die ständischen Beschwerden und Petitionen; die vierte für Reclamationen der Unterthanen) oder ausnahmsweise durch außerordentliche hierzu niederzusetzende Deputationen. Die Regierung wird bei den Berathungen der Deputationen und der Kammern durch die Minister und andere, mit Auftrag versehene Beamte vertreten. — Zu den Berathungen und Beschlußfassungen gehört in der ersten Kammer die Anwesenheit der Hälfte, in der zweiten die von zwei Dritttheilen der verfassungsmäßigen Mitgliederzahl, jedoch bei Abänderungen, Erläuterungen und Zusätzen zur Verfassungsurkunde in beiden die Anwesenheit von wenigstens drei Viertheilen derselben. Zu Beschlüssen der letztgedachten Art (in Betreff der Verfassungsurkunde) gehört in beiden Kammern eine Majorität von mindestens zwei Dritttheilen der Anwesenden. Ebenso ist zur Verwerfung eines Gesetzentwurfes, wenn derselbe von der einen Kammer angenommen, von der anderen aber abgelehnt wird, nöthig, daß in der letzteren zwei Dritttheile der Anwesenden gegen den Entwurf gestimmt haben. In den übrigen Fällen reicht absolute Stimmenmehrheit hin. In der Regel ist Uebereinstimmung der Beschlüsse beider Kammern [125]) nöthig, wenn sie als giltige Erklärung der Ständeversammlung betrachtet und dem Könige vorgelegt werden soll [126]).

Die Mitwirkung der Stände erstreckt sich hauptsächlich auf die Gesetzgebung und auf die Finanzhoheit. In ersterer Beziehung können die Stände Entwürfe an den König bringen, sowie auf Erlassung neuer und auf Abänderung oder Aufhebung bestehender Gesetze antragen. Auch kann kein Gesetz ohne Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretirt werden. Der König erläßt und promulgirt die Gesetze, in deren Eingange auf die erfolgte Zustimmung der Stände Bezug genommen wird, und ertheilt die zu deren Handhabung und Vollziehung erforderlichen, sowie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrechte fließenden Verfügungen und Verordnungen. Jedoch kann der König auch ausnahmsweise unter Verantwortlichkeit und Contrasignatur sämmtlicher Minister auch solche, ihrer Natur nach

125) Bei abweichenden Beschlüssen wird zunächst ein Vereinigungsverfahren eingeleitet und zu diesem Behufe eine gemischte Deputation niedergesetzt.

126) Eine Ausnahme tritt z. B. ein, wenn eine Kammer eine Beschwerde gegen das Gesammtministerium oder Vorstände von Ministerialdepartements über die Anwendung der Gesetze in der Landesverwaltung und Rechtspflege bei dem Könige führt.

zwar der ständischen Zustimmung bedürfende Verordnungen erlassen, ohne die Zustimmung einzuholen, wenn sie durch das Staatswohl dringend geboten sind und ihr vorübergehender Zweck durch die Verzögerung, die mit der Einberufung der Kammern verbunden ist, vereitelt werden würde. Der König kann Gesetzentwürfe, auch nach begonnener Berathung in den Kammern, zurückziehen und nur mit Abänderungen genehmigte Gesetzentwürfe gleichfalls bei Seite legen, auch die unbedingte Erklärung der Stände über die unveränderte Annahme oder Ablehnung eines solchen Entwurfes erfordern, dagegen nicht einen unbedingt abgelehnten Entwurf demselben Landtage unverändert wieder vorlegen. In Ausführung der vom Bundestage gefaßten Beschlüsse kann die Regierung durch die ermangelnde Zustimmung der Stände nicht gehindert werden, vielmehr treten sie sofort mit der vom Könige verfügten Publication in Kraft und müssen die zur Ausführung derselben erweislich erforderlichen Geldmittel aufgebracht werden, wobei jedoch die Mitwirkung der Stände in Ansehung der Art und Weise der Aufbringung dieser Mittel nicht ausgeschlossen wird[127]). — Ohne Zustimmung der Stände können die bestehenden directen und indirecten Landesabgaben nicht verändert, auch dürfen dergleichen Abgaben nicht ohne ihre Bewilligung ausgeschrieben und erhoben werden[128]). Zu diesem Zwecke wird auf jedem ordentlichen Landtage den Ständen eine genaue Berechnung über Einnahme und Ausgabe in der vorletzten (dreijährigen) Finanzperiode und ein Voranschlag des Staatsbedarfes für die nächste Finanzperiode, d. i. die drei nächstfolgenden Jahre, nebst den Vorschlägen zu dessen Deckung mitgetheilt. Die ständische Bewilligung darf nicht an Bedingungen geknüpft werden, welche nicht das Wesen oder die Verwendung der Bewilligung unmittelbar betreffen. Die Regierung kann, wenn eine Vereinigung nicht zu Stande kommt[129]), noch auf ein Jahr die Steuern in der zeitherigen Maße forterheben lassen und hat solchenfalls der König längstens sechs Monate vor Ablauf dieses Jahres einen anderweiten Landtag einzuberufen. Auch ein Anlehen kann nicht ohne Zustimmung der Stände giltig gemacht werden.

---

127) In der Hauptsache wiederholt in §. 1 d. G. v. 5. Mai 1851, durch welches die Verfassungsurkunde in einigen Punkten erläutert und abgeändert wurde.

128) Ausgenommen sind durch §. 2 des angez. Gesetzes diejenigen Abgaben, welche zufolge der unter Zustimmung der Kammern mit anderen Staaten abgeschlossenen Zoll-, Steuer- und Handelsverträge zu erheben sind, sowie die in Gemäßheit dieser Verträge zu bewirkende Erhöhung oder Herabsetzung derselben. — In den Ausschreiben, welche die Landesabgaben betreffen, soll die Bewilligung der Kammern, wo solche erforderlich ist, besonders erwähnt werden, ohne welche weder die Einwohner zur Einforderung berechtigt, noch die Unterthanen zur Entrichtung verbunden sind. §. 104 der Verfassungsurkunde und §. 7 des Gesetzes v. 1851.

129) Die Bewilligung gilt nur als abgelehnt, wenn in einer der beiden Kammern mindestens zwei Dritttheile der Anwesenden für die Ablehnung gestimmt haben.

Es ist daher in außerordentlichen Fällen, wo schleunige finanzielle Maßregeln erfordert werden, die Ständeversammlung besonders einzuberufen. Sollten jedoch die Verhältnisse eine rechtzeitige Einberufung oder auch den Zusammentritt der Kammern durchaus unmöglich machen, so kann der König unter Verantwortlichkeit der ihn hierbei berathenden Vorstände der Ministerialdepartements das zu Deckung des außerordentlichen Bedürfnisses unumgänglich Nöthige provisorisch verfügen, auch erforderlichen Falles ausnahmsweise ein Anlehen contrahiren; es sind aber die getroffenen Maßregeln sobald möglich dem Landtage zur Genehmigung vorzulegen. Uebrigens haben die Stände auch das Recht und die Verpflichtung, über die Erhaltung des Staatsgutes und des königlichen Hausfideicommisses zu wachen.

Den Ständen steht ferner das Petitions- und das Beschwerderecht zu. Besage des ersteren können sie in Bezug auf alle zu ihrem Wirkungskreise gehörigen Gegenstände Anträge an den König bringen, welcher ihnen seine Entschließung hierauf und zwar im Ablehnungsfalle unter Angabe der Gründe ertheilt, — besage des letzteren können sie Beschwerden theils selbst bei dem Könige oder dem Gesammtministerium erheben, theils Beschwerden, die von Unterthanen an sie eingehen, zu den ihrigen machen und in gleicher Maße weiter verfolgen. Sie haben auch das Recht, die Vorstände der Ministerien in den gedachten Fällen zur Verantwortung aufzufordern und, wenn dieselben sich einer Verletzung der Verfassung schuldig machen, förmlich anzuklagen. Zu diesem Zwecke ist durch ein besonderes Gesetz ein besonderes Verfahren [130]) vorgeschrieben und ein Staatsgerichtshof [131]) niedergesetzt, dessen Präsident nebst sechs Richtern von dem Könige aus den Mitgliedern der höchsten Justizbehörden und sechs Richter von den Kammern außerhalb der Mitte der Stände — und zwar jedesmal auf die Periode von einem ordentlichen Landtage bis zum anderen — ernannt werden [132]). Das Strafbefugniß des Gerichtshofes (gegen dessen Entscheidung zwar keine Appellation, wohl aber die Berufung auf ein anderweites Erkenntniß desselben stattfindet) erstreckt sich nur auf ausdrückliche Mißbilligung des Verfahrens oder Entfernung vom Amte [133]). Der König kann

130) Gesetz v. 3. Febr. 1838. Das Verfahren richtet sich im allgemeinen nach dem Anklageprocesse. Die Stelle des Klägers vertritt ein von den Ständen für jeden einzelnen Fall besonders zu erwählender Anwalt.

131) Derselbe ist auch berufen, zu entscheiden, wenn über die Auslegung einzelner Punkte der Verfassungsurkunde Zweifel entstehen und dieselben nicht durch Uebereinkunft zwischen der Regierung und den Ständen beseitigt werden. Dasselbe gilt, wenn Zweifel über die Auslegung der mit den Ständen der Oberlausitz im November 1834 geschlossenen Uebereinkunft (s. o.) entstehen. — Alle diese Entscheidungen gelten als authentische Interpretationen.

132) Der Präsident und sämmtliche Richter werden für diesen Fall ihres Unterthanen- und sonstigen Diensteides entbunden.

133) Die Resignation vom Amte kann die Strafe nicht abwenden. — Bis jetzt ist übrigens kein Fall solcher Anklage vorgekommen.

weder die Untersuchung hemmen, noch die erkannte Entfernung vom Amte aufheben, noch den Entfernten anderweit anstellen, dafern nicht in Rücksicht der Wiederanstellung das Erkenntniß einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten des Verurtheilten enthält.

Der König kann den Landtag vertagen, sowie dadurch den völligen Schluß seiner Arbeiten herbeiführen, daß er denselben schließt oder auch die zweite Kammer auflöst. Die Auflösung der zweiten Kammer gilt für die erste Kammer als Vertagung. Hierneben bestehen die Gründe, aus denen der einzelne Abgeordnete seiner Function verlustig wird. Hierzu gehört auch der Eintritt in den Staatsdienst oder Beförderung in demselben oder Annahme eines besoldeten Hofamtes, dafern der Abgeordnete nicht infolge Geburts- oder Erbrechtes oder kraft Amtes oder als Bevollmächtigter in der Kammer erschienen.

Uebrigens kann jedes Kammermitglied seine Meinung frei äußern, vorbehaltlich der Disciplin der Kammer. Diese tritt auch dann ein und es kann das Mitglied zum Wiederrufe und selbst zum zeitlichen oder gänzlichen Ausschlusse aus der Kammer verurtheilt werden[134]), wenn sich ein Abgeordneter Beleidigungen, insbesondre persönliche Ausfälle gegen den Regenten, die königliche Familie, die Kammern oder einzelne Kammermitglieder erlaubt und hiervon auf Ermahnung des Präsidenten nicht absteht. Begreift die gerügte Aeußerung ein besonderes Verbrechen oder eine persönliche Beleidigung in sich, so kann das fragliche Mitglied auch noch überdies deshalb vor seinem ordentlichen Richter belangt werden.

Die Stände genießen, sowohl in ihrer Gesammtheit als einzeln, völlige Unverletzlichkeit der Person während der Dauer des Landtages. Insbesondre darf, außer dem Falle der Ergreifung auf frischer That bei einem begangenen peinlichen Verbrechen und dem Falle des Wechselverfahrens, kein Mitglied der Ständeversammlung während ihrer Dauer, ohne ausdrückliche Zustimmung der Kammer, der selbiges angehört, verhaftet werden.

Was nun die Staatsverwaltung im allgemeinen betrifft, so bestehen als oberste Behörden die Ministerialdepartements der Justiz, der Finanzen, des Innern, des Krieges, des Kultus und des öffentlichen Unterrichtes, und der auswärtigen Angelegenheiten. Die Vorstände dieser Departements bilden, nebst den etwa ohne besonderes Departement ernannten Staatsministern, das Gesammtministerium[135]).

---

134) Mit dem gänzlichen Ausschlusse erlischt zugleich die Wählbarkeit für die folgende Zeit. Der Ausgeschlossene kann jedoch hiergegen auf die Entscheidung des Staatsgerichtshofes provociren.

135) Die Thätigkeit desselben begreift insbesondre die Geschäfte mit den Ständen, — die Berathung und Feststellung der Gesetzentwürfe, — die Berathung anderer wichtiger, insbesondre hierhin von dem Könige verwiesenen Landesangelegenheiten, — die Entscheidung über Differenzen zwischen einzelnen Ministerien und über Beschwerden, die gegen letztere bei ihm eingereicht worden sind.

Sie sind insbesondre auch dem Könige und dem Gesammtministerium, sowie den Ständen für ihre Handlungen, in letzterer Beziehung namentlich auch dafür verantwortlich, daß die königlichen Befehle, deren Giltigkeit von ihrer Contrasignatur abhängt, mit den Gesetzen und insbesondre der Landesverfassung übereinstimmen und daß in den Fällen, wo wegen der Gefahr im Verzuge besage besonderer Ermächtigung der Verfassung von der sonst erforderlichen vorherigen Befragung der Stände abgesehen worden ist[136]), wirklich ein Nothfall vorgelegen habe. Im Falle einer Anklage wegen Verfassungsverletzung entscheidet der Staatsgerichtshof (s. oben). Der König ernennt und entläßt die Minister nach freier Entschließung. Für den Fall ungesuchter Entlassung, sowie für den Fall, wenn die Entlassung wegen der Pflicht der verfassungsmäßigen Verantwortlichkeit des Ministers von diesem nachgesucht und solche ertheilt wird, ist durch das Staatsdienergesetz[137]) besondere Bestimmung wegen Aussetzung eines Wartegeldes getroffen.

Staatsdiener im eigentlichen Sinne[138]) sind diejenigen, welche von dem Könige oder den dazu beauftragten Staatsbehörden zu einem beständigen öffentlichen Amte auf Stellen eingesetzt sind, mit denen ein bestimmtes jährliches Einkommen aus den Staatskassen verbunden ist. Die Anstellung der Staatsdiener, mit Ausnahme der zu Richterstellen Berufenen, ist in der Regel während der ersten zwei Jahre widerruflich. Diejenigen Staatsdiener, deren Dienstleistungen eine höhere wissenschaftliche Ausbildung nicht in Anspruch nehmen, können auf Kündigung[139]) angestellt werden. Der Staatsdiener kann auch ohne seine Einwilligung, jedoch mit Belassung seines Ranges und Gehaltes, auf eine andere, seinen bisherigen Dienstverhältnissen entsprechende Stelle versetzt, sowie mit Belassung seines Titels, Ranges und $^{7}/_{10}$ seines Diensteinkommens als Wartegeld, wenn seine zeitherige Stelle infolge anderer organischer Einrichtungen eingezogen oder die Maßregel aus Rücksicht auf die Verwaltung für angemessen erachtet wird, quiescirt werden[140]). Eine Versetzung in Ruhestand findet auch bei überkommener Dienstunfähigkeit[141]) mit Anspruch auf Pension statt, welche nach einer von den Dienstjahren

136) Diese Fälle sind oben erwähnt.

137) Gesetz v. 7. März 1835.

138) Nach dem angez. Gesetze ist nicht jeder im Staatsdienste Angestellte oder Beschäftigte ein Staatsdiener. Zu diesen gehören daher z. B. nicht die Lehrer, Geistliche, Medicinalbeamten, Universitätsprofessoren ꝛc., welche das Gesetz ausdrücklich ausnimmt. — Auch die Advocaten, Aerzte, Sensale ꝛc. sind in Sachsen keine Staatsdiener im eigentlichen Sinne des Wortes.

139) Das Recht der Kündigung erlischt mit 25jähriger Dienstzeit.

140) Hier ist ein besonderes Verfahren zum Schutze etwaiger Interessen des Beamten vorgeschrieben.

141) Dasselbe gilt nach vierzig Dienstjahren, sowie nach erfülltem 70. Lebensjahre, wo der Beamte gleichfalls seine Entlassung mit Pension verlangen kann.

abhängigen Stufenfolge durch das Gesetz selbst[142]) festgesetzt ist. Auch den Witwen und Waisen der Staatsdiener ist eine Pension durch das Gesetz gewährt, welche bei der Witwe der achte Theil des von ihrem Ehemanne zuletzt im wirklichen Dienste bezogenen Einkommens, gleichviel ob er bei seinem Tode noch im Dienste oder pensionirt war, und bei jedem Kinde (bis zum 18. Jahre) ein Fünftheil beziehendlich (nach dem Tode der Mutter) drei Zehntheile der Witwenpension beträgt[143]). Der Staatsdiener kann wegen Vergehungen nach vorausgegangener richterlicher Untersuchung und gesprochenem Straferkenntnisse entsetzt und wegen Unwürdigkeit beziehendlich nach vorausgegangenem Besserungsverfahren[144]) und, was die richterlichen Beamten betrifft, nur nach einem auf Entlassung gerichteten richterlichen Erkenntnisse entlassen werden[145]). — Eine civilrechtliche Klage steht dem entlassenen oder entsetzten Diener nur insoweit hiergegen zu, als er behaupten kann, daß gegen die Vorschriften des Gesetzes in Betreff des Verfahrens gefehlt worden sei. — Die Staatsdiener haben übrigens ihren Gerichtsstand (in bürgerlichen Rechtssachen) bei den königlichen Gerichten.

In Bezug auf die einzelnen Zweige der Verwaltung finden wir Folgendes zu bemerken:

Die Verwaltung der inneren Landesangelegenheiten ist hauptsächlich dem Ministerium des Innern anvertraut. Insbesondre gehören hierher alle zum inneren Staatsrechte gehörige Angelegenheiten, die Gemeinde-, Handels-, Innungs-, Fabrik- und Gewerbesachen, die gesammte Polizeiverwaltung, mit Inbegriff des Armen-, des Medicinal-

---

142) Die neuesten Vorschriften enthält das Gesetz v. 24. April 1851. Das Einkommen der letzten fünf Dienstjahre entscheidet. Der höchste Betrag einer Pension ist 2000 Thaler jährlich. Vom erfüllten vierundzwanzigsten Dienstjahre an beträgt die Pension 80 Hunderttheile des zeitherigen jährlichen Einkommens. — Zur Erleichterung der Pensionslast sind gewisse Abzüge vom Gehalte, Wartegeld und Pension angeordnet. — Vor zurückgelegtem zehnten Dienstjahre findet ein Anspruch auf Pension nicht statt.

143) Gesetz von 1835. — Jede Pension kann (unter einem Abzuge) im Auslande verzehrt, dagegen die Pension der Witwen und Waisen überhaupt nicht und die Pension, der Gehalt und das Wartegeld des Beamten nur bis zu einem Dritttheile von den Gläubigern (ausgen. den Fiscus) in Anspruch genommen, sowie vor der Verfallzeit freiwillig abgetreten werden.

144) Ein solches findet nicht erst statt, wenn der Beamte wegen eines Verbrechens verurtheilt ist.

145) Die Vergehen, wegen deren im Falle der Verurtheilung die Entsetzung die nothwendige Folge ist, sind bestimmt angegeben und von der Art, daß sie unter die Straffanctionen des Criminalgesetzbuches fallen. Im Falle der Lossprechung in Mangel mehreren Verdachtes kann der Beamte entlassen werden. Die Entsetzung hat den Verlust des Titels, Ranges, des Pensionsanspruches für sich und seine Hinterlassenen, und der Fähigkeit zur Wiederanstellung zur Folge. Die Entlassung (welche auch wegen Dienstvergehen, unwürdigen Benehmens ꝛc. erfolgen kann) zieht zwar gleichfalls den Verlust des Titels und Ranges, nicht aber auch den der Fähigkeit der Wiederanstellung und der Pensionsansprüche nach sich.

wesens und der Preßangelegenheiten, die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, das Straßen- und Brückenbauwesen, die Direction der allgemeinen Straf- und Versorgungsanstalten [146]). Unter dem Ministerium des Innern stehen außer einigen, für bestimmte Angelegenheiten niedergesetzten Commissionen als allgemeine Verwaltungsbehörden vier Kreisdirectionen (bestehend aus einem Kreisdirector und mehreren Regierungsräthen), deren jede einem Regierungskreise vorgesetzt ist und welche ihren Sitz zu Dresden, Leipzig, Zwickau (Erzgebirge und Voigtland) und Bautzen (Oberlausitz) haben. In erster Instanz wird die Verwaltung in den Städten von den Stadträthen und in den Landgemeinden, soweit nicht die Städte in denselben die rittergutsherrlichen Rechte ausüben und daher die Verwaltung mit besorgen, von den Gerichtsbehörden besorgt. Die Trennung der Justiz und der Verwaltung ist daher in der obersten und in der mitteln Instanz entschieden und ausnahmelos, in der ersten Instanz aber nur in den Städten, nicht auch in sämmtlichen Landgemeinden durchgeführt. Einer früheren Organisationsbestimmung in der Gesetzgebung vom Jahre 1848, nach welcher diese Trennung durchgängig in der ersten Instanz ausgeführt werden sollte, ist neuerdings keine Folge weiter gegeben worden. Als besondere Commissarien der Regierung, in Unterordnung unter die Kreisdirectionen, behufs der allgemeineren Landesangelegenheiten fungiren noch die Amtshauptleute. Die Bezirke derselben umfassen die Sprengel der städtischen Verwaltungsbehörden, der königlichen Gerichte und der Patrimonialgerichte, ohne daß jedoch hier ein Verhältniß der Unterordnung dieser unter jene stattfindet. Auch werden die Amtshauptleute als Commissarien in anderen Verwaltungsangelegenheiten Seiten der übrigen Ministerien verwendet. Soviel die Frage anlangt, was als Justiz- und was als Verwaltungssache zu betrachten sei, so bestimmen die Gesetze [147]), daß der Rechtsweg stattfinden solle: bei allen Irrungen über privatrechtliche Verhältnisse, wenn auch der Staat oder irgend eine politische oder kirchliche Corporation die Stelle der Gegenpartei einnimmt, — wenn Jemand mit der Entschädigung, die ihm bei Abtretungen seines Eigenthums zu Staatszwecken von den Verwaltungsbehörden zugebilligt worden, nicht zufrieden ist und eine höhere Entschädigung verlangt, — wenn Jemand Entschädigung wegen Mißbrauch oder Vernachlässigung einer Amtspflicht der Verwaltungsbehörde verlangt, — jedoch dergestalt, daß die Justizbehörden weder die Verwaltungsmaßregeln hinsichtlich ihrer Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit kritisiren, noch sie für ungiltig erklären dürfen. Ueber Irrungen in anderen Verhältnissen des öffentlichen

146) Vgl. die Verordnung vom 7. November 1831 die Einrichtung der Ministerialdepartements betreffend.

147) Vgl. besonders das Gesetz über die Competenzverhältnisse zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden, v. 28. Jan. 1835.

Rechtes entscheiden die Verwaltungsbehörden[148]), es wäre denn, daß sich hierbei Jemand nicht blos auf Gesetze, Provincial-, Ortsstatuten oder allgemeine Grundsätze, sondern auf besondere Rechtstitel beriefe. In diesen Fällen tritt sowohl rücksichtlich der Zulässigkeit als des Beweises und der Wirkung der gedachten Titel der Rechtsweg und die Competenz der Justizbehörden wieder ein. Eine zur Competenz der Verwaltungsbehörde gehörige Sache ist als eine streitige zu betrachten, wenn dabei mehrere Betheiligte sich gegenüber stehen, welche gewisse Befugnisse in Anspruch nehmen oder die ihnen angesonnene Verbindlichkeit bestreiten (Administrativjustizsache). In diesen Fällen sind die Verwaltungsbehörden erster Instanz, — die Kreisdirectionen, — und die Verwaltungsministerien die geordneten drei Instanzen, wobei die Ministerien unter Zuziehung zweier deputirter Räthe des Oberappellationsgerichtes als Collegia sich constituiren[149]). Zur Entscheidung von Competenzconflicten ist durch das Gesetz vom 13. Juni 1840 eine besondere Behörde eingesetzt[150]).

Finanzen. Die Geldbedürfnisse des Staates werden aus den Einkünften des Staatsgutes (dessen Nutzungen, wie oben bemerkt, gegen Gewährung einer jährlichen Civilliste von wenigstens 500,000 Thlrn. der Staatskasse zugewiesen sind) und aus den Abgaben der Staatsbürger bestritten. Die directen Abgaben bestehen theils in der Grundsteuer, theils in der Gewerbe- und Personalsteuer. Die Grundsteuern[151]) werden seit Anfang des Jahres 1844, wo das neue Grundsteuersystem eingeführt worden, in dem gesammten Königreiche von dem ermittelten Reinertrage der Gebäude und Grundstücke nach Steuereinheiten erhoben[152]), dergestalt, daß auf je 10 Ngr. dieses Reinertrages eine Steuereinheit gerechnet[153]) und die Steuer selbst so ausgeschrieben wird, daß von jeder Steuereinheit so und so viel zu bezahlen. Die Gewerbesteuer haben diejenigen zu entrichten, welche eines oder mehrere der gesetzlich bezeichneten Gewerbe selbstständig betreiben. Die Personalsteuer wird von den Beamten, Geistlichen, Lehrern, Pensionärs, Hofbeamten,

---

148) Z. B. über Erlangung und Verlust, sowie Wirkung des Staatsbürger-, Heimaths-, Stadtbürger-, Landgemeinderechtes, — über die Verpflichtung zu Staats- und Communalabgaben, — über die Verhältnisse der Kirchen- und Schulgemeinde in denselben und zu denselben ꝛc.

149) Vgl. das Gesetz v. 30. Jan. 1835, das Verfahren in Administrativjustizsachen betreffend.

150) Dieselbe besteht aus dem Präsidenten des Oberappellationsgerichtes, drei Oberappellationsräthen und vier Ministerialräthen.

151) Vgl. das Gesetz v. 9. Septbr. 1843. Die Vorbereitungen zur allgemeinen Durchführung dieses Systems begannen mit der Vermessung und Bonitirung des gesammten Grund und Bodens im Jahre 1835 und waren 1843 beendigt.

152) Der Werth eines Grundstückes wird daher auch im gewöhnlichen Verkehre nach der Zahl der Steuereinheiten, mit der es belegt ist, berechnet.

153) Bei Beendigung der Catasteraufstellung im Jahre 1843 betrugen die Steuereinheiten überhaupt 48,299,677.

Künstlern, Advocaten, Aerzten, Rentiers, Prädikatisten ꝛc. entrichtet. Die indirecten Abgaben bestehen aus dem Grenzzolle (der preußische Zollverein), dem Elbzolle, verschiedenen Steuern von inländischen Producten (in Gemäßheit der mit den Zollvereinsstaaten hierüber abgeschlossenen Verträge), der Schlachtsteuer und der Stempelsteuer.

Kirchen- und Schulverhältnisse. Der Staat übt über die Confessionen die potestas ecclesiastica oder wenigstens das ius circa sacra aus. Die Anordnungen in Betreff der inneren kirchlichen Angelegenheiten sind der besonderen Kirchenverfassung einer jeden Confession überlassen. Die landesherrliche Kirchengewalt über die evangelischen Glaubensgenossen wird, da der Regent der katholischen Kirche angehört, von einer Behörde (den in Evangelicis beauftragten Staatsministern) ausgeübt, welche aus dem Cultusminister (der verfassungsmäßig der evangelischen Confession zugethan sein muß) und aus wenigstens zwei anderen evangelischen Ministern besteht. Das Cultusministerium hat in besonders bestimmten Fällen die Entschließung jener Behörde, welche auch die Beschwerde- und Recursinstanz für dieses Ministerium ist, einzuholen. Unter dem Cultusministerium stehen das Landesconsistorium, welches hauptsächlich für die Prüfung der anzustellenden Geistlichen und die Wahrnehmung der inneren Angelegenheiten der evangelischen Kirche bestimmt ist, und die Kreisdirectionen, welche auch als Mittelbehörden für die geistlichen und Schul-Angelegenheiten bestellt sind. Außerdem sind die Erblande in Ephorien getheilt[154]. Jeder (Ephorus) Superintendent (welcher zugleich ein Pfarramt verwaltet) ist in seinem Bezirke in Verbindung mit dem Gerichtsvorstande die Inspectionsbehörde für die Kirchen und Schulen der evangelischen Confession. Die unmittelbare Beaufsichtigung der Volksschulen erfolgt durch die Geistlichen des Ortes, im Vereine mit dem Schulvorstande, welcher auf dem Lande durch den Gemeinderath, in den Städten durch Mitglieder der Bürgerschaft ꝛc. gebildet wird[155]. Die Geistlichen- und die öffentlichen Lehrerstellen sind theils landesherrliches Patronat, welches von dem Cultusministerium ausgeübt wird, theils Privatpatronat, welches einzelnen Gemeinden, Corporationen und Gutsbesitzern zusteht[156]. Der niedrigste Gehalt eines Lehrers soll 140 Thaler jährlich

154) In den Erblanden bestehen 35 Diöcesen (Ephorien, Superintenduren), welche wieder in 776 Pfarreien (Parochien) mit 223 Filialen zerfallen. Die Oberlausitz hat keine Ephorien.

155) Ueber das Elementarvolksschulwesen vgl. das Gesetz v. 6. Juni 1835. — Jede öffentliche Elementarschule hat ihren Schulbezirk. Die Zahl der Schulen und mithin der Schulbezirke richtet sich nach dem Bedürfnisse und der Möglichkeit, der vorhandenen schulfähigen Jugend Unterricht zu verschaffen. Jeder Schulbezirk gehört zu derjenigen Parochie und jede Parochie zu derjenigen Ephorie, in deren Grenzen sie gelegen ist. — Privatschulen bedürfen besonderer Genehmigung.

156) Die Geistlichen und Lehrer bedürfen der Bestätigung der Behörde, sind aber nicht Staatsdiener.

betragen, wenn die Schule wenigstens 60 Kinder zählt, außerdem 120 Thaler, außer freier Wohnung[157]). Der Gehalt steigt mit der Zahl der Dienstjahre, so daß nach 15 Dienstjahren der Lehrer bez. 220 Thaler und 150 Thaler beanspruchen kann. Der Gehalt wird aus dem Gemeindevermögen und, da nöthig, aus Staatskassen gewährt. Den Relicten der Geistlichen und Lehrer werden Pensionen aus der Staatskasse gewährt[158]). Die Aufbringung des Aufwandes für die Parochialbedürfnisse ist durch ein besonderes Gesetz geregelt[159]). — Die oberste geistliche Behörde für die römisch-katholischen Glaubensgenossen in den Erblanden ist das apostolische Vicariat, dem ein katholisches Consistorium untergeordnet ist[160]); — in der Oberlausitz besteht hinsichtlich der Verhältnisse der katholischen Kirche die durch den Traditionsreceß vom 30. Mai 1635 garantirte Verfassung (s. oben) fort. Verlobte, von welchen ein Theil der evangelischen, der andere der katholischen Kirche angehört, werden in beiden Kirchen aufgeboten und in der Kirche der Braut getraut, dafern nicht in letzterer Hinsicht die Verlobten, gegen Entrichtung der iura stolae an die Kirche der Braut, in der Kirche des Bräutigams sich trauen oder auch in beiden Kirchen sich einsegnen lassen wollen. Weigert sich der katholische Pfarrer der Braut, das Aufgebot oder die Trauung vorzunehmen, so erfolgt beides in der evangelischen Kirche. Die Taufe der Kinder geschieht durch den Pfarrer der Kirche des Vaters. Eben so werden die Kinder in der Confession des Vaters erzogen, dafern nicht eine andere Vereinigung (vor dem sechsten Altersjahre des Kindes) unter den Eltern getroffen wird, welche vor der weltlichen Obrigkeit abgeschlossen werden muß[161]). — Reformirte Gemeinden bestehen gegenwärtig zu Dresden und Leipzig. Die rechtlichen Verhältnisse derselben sind durch ein besonderes Regulativ v. J. 1818 festgestellt. Die Angelegenheiten jeder derselben werden zunächst von einem Consistorium, welches aus den Geistlichen und den Vorstehern

---

157) Gesetz v. 6. Juni 1835 u. 3. Mai 1851.

158) Gesetz v. 1. Decbr. 1837 u. v. 1. Juli 1840.

159) Gesetz v. 8. März 1838. Das Gesetz verpflichtet alle Mitglieder der Kirchen- und Schulgemeinde und stellt den Satz auf, daß das gesammte unbewegliche Eigenthum im Bezirke, auch wenn die Besitzer anderwärts wohnen, beizuziehen sei. Eine Hälfte haben die Angesessenen, die andere die Unangesessenen zu tragen. — Dieses Gesetz gilt auch für den Bedarf der katholischen Kirchen und Schulen.

160) Vgl. Gesetz v. 19. Febr. 1827. Der apostolische Vicar wird von dem Pabste delegirt, hat jedoch den Unterthaneneid zu leisten und wird zu Beobachtung der Landesgesetze verpflichtet. Zur Bekanntmachung allgemeiner Anordnungen des Pabstes oder des Vicars bedarf es des königl. Placet. In rein katholischen Sachen besteht als Appellationsinstanz ein Vicariatsgericht, gebildet aus dem Vicar und einigen Räthen. Die katholischen Behörden haben sich allenthalben nach den Landesgesetzen zu richten, insoweit nicht etwa in Ehesachen die Dogmen der katholischen Kirche entgegenstehen oder bei disciplinellen Ahndungen die kanonischen Rechte zur Anwendung kommen.

161) Gesetz v. 1. Nov. 1836.

der Gemeinde gebildet wird, besorgt. Im übrigen stehen sie unter den Behörden der evangelischen Glaubensgenossen. — Die Israeliten zu Dresden sowie zu Leipzig bilden an jedem dieser Orte eine Religionsgemeinde, welche ein besonderes Bet- und Schulhaus besitzen, wogegen (mit Ausnahme der Meßzeit in Leipzig) Privatsynagogen nicht gestattet sind[162]. — Ein besonderes Gesetz (v. 20. Febr. 1827) regelt die Bedingungen des Uebertritts von einer christlichen Confession zur anderen. — Gelehrte Schulen sind theils die beiden Landes- oder Fürstenschulen zu Meißen und Grimma, theils mehrere städtische Gymnasien, von denen diese, wiewohl theilweis unter Beihilfe aus Staatsmitteln, von den Städten erhalten werden, jene auf alten Fundationen beruhen[163]. — Die Geistlichen und die Schullehrer stehen in Ansehung ihrer bürgerlichen Handlungen und Verhältnisse unter der weltlichen Obrigkeit und tragen zu den allgemeinen staatsbürgerlichen Lasten bei. — Besondere Gesetze regeln die Vertretung der Kirchen- und Schulgemeinden bei gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsangelegenheiten[164].

Militärwesen. Die Verpflichtung zum Militärdienste ist eine allgemeine, soweit nicht die Fürsten und Grafen Herren von Schönburg kraft bundesgesetzlicher Bestimmungen und der Graf von Solms-Wildenfels kraft besonderer Uebereinkunft, sowie in bestimmten Fällen einzelne Personen (z. B. Ernährer hilfsbedürftiger Familien) befreit sind. Bei der Erfüllung der Militärpflicht ist das Stellvertretungsprincip angenommen. Die Einstandssumme von 200 Thalern wird an das Kriegsministerium gezahlt, welches die Einsteher ermittelt[165]. Die Militärpflicht tritt mit dem 21. Altersjahre ein. Die bewaffnete Macht besteht aus der activen Armee und der Kriegsreserve. Zur Ergänzung in Kriegszeiten dient die Dienstreserve. Die Dauer der Dienstzeit im Frieden ist auf sechs Jahre in der activen Armee und auf drei Jahre in der Kriegsreserve festgesetzt. Die Stärke der Armee richtet sich nach den bundesgesetzlichen und den durch die provisorische Centralgewalt im Jahre 1848 ertheilten Vorschriften (2% der Bevölkerung)[166]. Die Militärpersonen stehen mit mehreren durch die Gesetze bestimmten Ausnahmen unter besonderen Kriegsgerichten, welche in Civilsachen dem Appellationsgerichte zu Dresden und dem Oberappellationsgerichte, in Criminalsachen dem Oberkriegsgerichte (welches durch einen Generalauditeur und einige abgeordnete

---

162) Gesetz v. 18. Mai 1837.

163) Die städtischen Gymnasien stehen unter besonderen (aus dem Ephorus, einem Mitgliede des Rathes und einem Mitgliede der Stadtverordneten gebildeten) Commissionen, welche vom Ministerium des Kultus ressortiren. Die Fürstenschulen stehen unmittelbar unter dem Letzteren.

164) G. v, 30. März 1844 (V. v. 26. Mai 1852) u. G. v. 14. Septbr. 1843.

165) G. v. 1. Aug. 1846 u. 3. Juni 1852.

166) G. v. 9. Nov. 1848.

Räthe des Appellationsgerichtes zu Dresden gebildet wird) und dem Oberappellationsgerichte untergeordnet sind. — Besondere Gesetze regeln die Pensionen für die Militärpersonen und ihre Hinterlassenen[167]), sowie die Aufbringung gewisser Militärbedürfnisse durch die Gemeinden[168]).

Universität zu Leipzig. Dieselbe ist unter Kurfürst Friedrich dem Streitbaren, auf Grund eines päbstlichen Privilegiums vom 9. September 1409 am 2. December 1409 gestiftet und durch die Universitätsordnung vom 1. Januar 1580 neu organisirt worden. Das neueste Reglement über die Verfassung der Universität ist vom 23. Mai 1851. Hiernach werden die Universitätsgeschäfte durch drei Versammlungen, in denen der Rector Magnificus den Vorsitz führt, besorgt, nämlich a) durch die Universitätsversammlung (bestehend aus sämmtlichen ordentlichen und außerordentlichen Professoren, — sie hat den Rector der Universität aus den ordentlichen Professoren auf je ein Jahr, vom 31. October bis wieder dahin, zu wählen, welcher von der Regierung zu bestätigen ist, sowie zur Wahl des Landtagsabgeordneten für die Universität drei ordentliche Professoren vorzuschlagen, aus denen der akademische Senat den Deputirten zu wählen hat), — b) durch das Plenum der ordentlichen Professoren (welches die eigentlichen Universitätsgeschäfte besorgt), — und c) den academischen Senat (Exrector, die 4 Decane, 4 ordentliche, von den Facultäten aus ihrer Mitte gewählte und 6 ordentliche, von der Regierung ernannte Professoren, — ihm gebührt insbesondre die Wahl des Landtagsabgeordneten).

Münzwesen. Der frühere Münzfuß war der 20 Guldenfuß. Die fernere Silberausmünzung nach diesem Fuße wurde infolge der zwischen den Zoll- und Handelsvereinsstaaten am 30. Juli 1838 abgeschlossenen Münzconvention eingestellt und später durch die Gesetzgebung des Jahres 1840, insbesondre das Gesetz vom 20. Juli 1840, die künftige Münzverfassung des K. Sachsen betreffend, der zeitherige Conventionsmünzfuß außer Kraft gesetzt, dagegen der Vierzehnthalerfuß als Landesmünzfuß und die Eintheilung des Thalers in 30 Neugroschen oder 300 Neupfennige eingeführt[169]). — Der mit dem Salzregale verbundene landesherrliche Salzbann ist, nachdem bei der Theilung Sachsens alle bisherigen Salzquellen an die Krone Preußen abgetreten worden, von besonderer Wichtigkeit und durch die neuere Gesetzgebung regulirt worden[170]). — Die Bedeutung des sächsischen Bergbaues ist bekannt. Die höchste Aufsichtsbehörde ist das Finanzministerium, dem als Centralstelle für das Bergwesen das Oberbergamt und der Oberberghauptmann zu Freiberg untergeordnet ist. Die Bergacademie

167) G. v. 17. Decbr. 1837 u. 24. März 1852.

168) Ordonnanz v. 19. Juli 1828.

169) Vgl. noch Haubold, sächs. Privatr. ed. Hänsel §. 273 a. und Curtius, Hdbch. d. sächs. Privatr. ed. Schwarze §. 1317.

170) Weiße, Staatsr. Bd. II, S. 170 flg.

zu Freiberg ist weltbekannt. Die Bergämter in den einzelnen Districten sind Justiz- und Verwaltungsbehörden. In der ersteren Eigenschaft stehen sie unter dem Appellationsgerichte zu Dresden. Die Verfassung des Regalbergbaues ist neuerdings durch ein allgemein als Mustergesetz anerkanntes Gesetz vom 22. Mai 1851 regulirt worden. Der Abbau von Stein- und anderen unterirdisch abzubauenden Kohlen, welcher zum großen Theile in den Händen von Privaten sich befindet, ist ebenfalls durch ein besonderes Gesetz (vom 10. September 1822) regulirt worden.

Die Justizgesetzgebung. Das Civilrecht. Im K. Sachsen fehlt es zur Zeit noch an einem geschlossenen Civilgesetzbuche. Ein vollständiger, von dem Geh. Rathe Dr. Held verabfaßter Entwurf zu einem solchen Gesetzbuche ist den Landständen zur Berathung zugefertigt worden. Zur Zeit gilt noch das gemeine Civilrecht. Es sind jedoch mehrere wichtige Partien desselben durch besondere Gesetze vollständig geordnet. Wir nennen hier: die Gesetze über das Vormundschaftsrecht, — die gesetzliche Erbfolge, — das Hypothekenwesen. Wir haben hier vorzugsweise die Gesetze genannt, deren Vortrefflichkeit und Tüchtigkeit in der Praxis sich vollständig bewährt haben. Insbesondre ist bei der Reform des Hypothekenwesens der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Specialität mit dankenswerther Energie durchgeführt und hierbei die Eintragung aller, überhaupt das Gtundeigenthum betreffenden Rechte, sowie der Aenderungen in denselben dergestalt vorgeschrieben worden, daß die Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher als ein wohlgeordnetes und überall harmonisch gegliedertes Ganze sich darstellt. Hierbei ist die Ein- und Durchführung dieses Gesetzes in einer Weise erfolgt, welche mit einer seltenen Beschleunigung die nothwendige Gründlichkeit glücklich vereinigt hat. Die Gesetzgebung ist mit dem glücklichsten Erfolge seit langer Zeit bemüht gewesen, alle Abweichungen von dem allgemein giltigen Rechte, als Statuten, Herkommen ꝛc. zu beseitigen, so daß durch das ganze Königreich (mit wenigen Ausnahmen betreffs der Oberlausitz) dieselben Gesetze und Verordnungen gelten und von besonderen Provinzialrechten, Statuten ꝛc. nicht die Rede ist. Insbesondre haben die, die Erbfolge betreffenden Statuten und Herkommen mit dem Gesetze über die Erbfolge, nachdem sie schon früher in Hauptwerken aufgehoben worden, jede practische Geltung verloren.

Civilproceß. Derselbe beruht im wesentlichen auf der (bekanntlich auch für das teutsche Proceßrecht wichtigen) Proceßordnung von 1622 und deren Erläuterung von 1724. Es sind jedoch bereits im vorigen Jahrhunderte sowohl als in diesem Jahrhunderte mehrere Partien des Proceßrechtes einer durchgreifenden Reform unterworfen worden. Sie ist ein besonderes, abgekürztes Verfahren für die Schuldansprüche bis zu 20 Thalern, sowie ein abgekürztes Verfahren für die höheren Schuldansprüche bis zu 50 Thalern vorgeschrieben, — so ist

das Verfahren in Edictalsachen außerhalb des Concurses und das Verfahren in Executionssachen neu geordnet worden. Auch in anderen, weniger wichtigen Partien sind bedeutende, von dem Bedürfnisse der Praxis geforderte Abänderungen getroffen worden. Das Verfahren ist schriftlich und beruht auf der Verhandlungsmaxime. In beiden Beziehungen macht nur das Verfahren in ganz geringfügigen Streitigkeiten (bis 20 Thlr.) eine Ausnahme. Ferner gilt die Eventualmaxime. Das Beweisinterlocut wird rechtskräftig. Bei Abhörung der Zeugen sind die Parteien nicht gegenwärtig. — Als appellable Summe ist der Betrag von 200 Thalern angenommen. Bei zwei conformen Erkenntnissen ist nur bei einem, diese Summe übersteigenden Betrage die Appellation an die dritte Instanz (das Oberappellationsgericht) zulässig. Bei Ansprüchen unter 50 Thalern und anderen, ihnen gleichgestellten Fällen ist überhaupt nur eine Appellation gestattet.

Strafrecht. Gegenwärtig gilt das im Jahre 1838 bekannt gemachte Criminalgesetzbuch [171]). Die Todesstrafe ist beibehalten, jedoch auf wenige, besonders schwere Verbrechen beschränkt. Die schweren Freiheitsstrafen sind die Zuchthaus- und die Arbeitshausstrafe. Gefängnißstrafen bis zu drei Monaten werden im Gerichtsgefängnisse, höher ansteigende im Landesgefängnisse verbüßt. Von dem Landtage des Jahres 1854 ist ein neues, von dem Geh. Justizrathe Dr. Krug verabfaßtes Strafgesetzbuch nebst einem Forststrafgesetze und einem Gesetze zum Schutze der Eisenbahnen und Telegraphenanstalten berathen und angenommen worden. Dasselbe behält das zeitherige Strafensystem bei und beruht insbesondre auf einer durchgreifenden Revision der Lehren des allgemeinen Theiles. Neben diesen Strafgesetzen bestehen noch ein (gegenwärtig ebenfalls revidirtes) Militärstrafgesetzbuch, Zollstrafgesetze, Gesetze gegen das Lotto ꝛc.

Strafproceß. Außer mehreren, einzelne Theile des Strafprocesses betreffenden Partikulargesetzen, gilt noch der gemeine Strafproceß. Derselbe ist insbesondre durch die Spruchpraxis der früher mit der Aburtheilung von Criminalsachen beauftragt gewesenen Collegien — dem Schöppenstuhle und der Juristenfacultät zu Leipzig — fortentwickelt worden, so daß eine ziemlich constante und feste Praxis, welche noch gegenwärtig maßgebend ist, sich gebildet hat. Das Verfahren ist schriftlich und nicht öffentlich. Die Vertheidigung tritt mit dem Schlusse der Untersuchung ein und ist sehr begünstigt. Die erkennenden Richter sind an keine Beweistheorie gebunden, sondern erkennen, auch bei mangelndem Geständnisse, auf die volle gesetzliche Strafe, wenn sie aus den Acten die Ueberzeugung von der Existenz des Verbrechens und der Schuld des Angeklagten gewinnen. Die Richter können jedoch ausnahmsweise, wenn das Verbrechen mit Todesstrafe

---

171) Verabfaßt von Dr. Groß. — Dasselbe gilt auch noch im Herzogth. Sachsen-Altenburg.

bedroht und ein Geständniß des Angeklagten nicht erlangt ist, statt der Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erkennen. Verdachtsstrafen bestehen nicht. Dagegen ist eine Freisprechung in Mangel mehreren Verdachtes nachgelassen. Reinigungseid ist nur bei Injurien und ähnlichen ganz geringen Vergehen zulässig. Uebrigens bestehen betreffs der Injurien die gewöhnlichen Untersuchungsregeln. Keineswegs werden sie im Wege des Civilprocesses verfolgt. Es sind in Strafsachen zwei Instanzen gestattet. Die Entscheidung der zweiten Instanz tritt jedoch nur ein, wenn entweder auf Todesstrafe in erster Instanz erkannt ist, oder der Angeklagte, ohne Unterschied der Strafhöhe, gegen die Entscheidung der ersten Instanz Berufung einwendet. Die zweite Instanz kann nicht in durius abändern. Eine dritte Entscheidung ist bei erheblichen Novis, sowie, wenn im Wege der Gnade eine solche gestattet wird, zulässig. Von den jüngst versammelt gewesenen Ständen ist eine (von dem Verfasser dieses Aufsatzes bearbeitete) Strafproceßordnung berathen und angenommen worden. Sie beruht auf Unmittelbarkeit, Oeffentlichkeit und Staatsanwaltschaft, schließt jedoch die Mitwirkung von Geschworenen bei der Aburtheilung aus, welche lediglich rechtsgelehrten Richtern (in kleineren Sachen den bureaukratisch organisirten Gerichtsämtern — Einzelgerichten — in erster und den collegialen Bezirksgerichten in zweiter Instanz, — in den schwereren Sachen den Bezirksgerichten in erster und dem Oberappellationsgerichte in zweiter Instanz) überwiesen wird. Eine gesetzliche Beweistheorie findet auch künftig nicht statt. Die Voruntersuchung (in den schwereren Fällen) wird von den Bezirksgerichten geführt. Dieselben entscheiden auch über die Verweisung zur Hauptverhandlung. Gegen die Entscheidung steht dem Angeklagten lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde, — nicht auch die Berufung zu. Die letztere ist dem Staatsanwalte (welchem auch die Nichtigkeitsbeschwerde zusteht) gegen Einstellungserkenntnisse gestattet. Die Hauptverhandlung wird vor dem Bezirksgerichte abgehalten, welches durch eine Abtheilung von fünf Richtern entscheidet. Gegen das Erkenntniß kann der Angeklagte sowohl die Nichtigkeitsbeschwerde als auch die Berufung, — dagegen die Staatsanwaltschaft nur die erstere einwenden. Ueber beide Rechtsmittel entscheidet das Oberappellationsgericht. Bei der Berufung ist es mit gewissen Modificationen an die thatsächlichen Feststellungen des Gerichtes erster Instanz gebunden. Die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes erfolgt, wenn weder eine Beweisaufnahme noch eine Reproduction des Beweises stattfindet, auch nicht in erster Instanz auf Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt worden ist, nicht in öffentlicher Sitzung. Eine reformatio in durius ist nicht zulässig. — Gegen die Erkenntnisse der Einzelrichter findet Nichtigkeitsbeschwerde, über welche das Oberappellationsgericht entscheidet, und Berufung (Einspruch), über welche das Bezirksgericht in öffentlicher Sitzung und ohne die Beschränkungen erkennt, welche betreffs der Thatfrage, wie bemerkt, in schwereren Fällen für das Ober-

appellationsgericht gelten, statt. Die Berufung kann in diesen Sachen auch von dem Staatsanwalt zum Nachtheile des Angeklagten eingewendet werden. Gegen diese (zweitinstanzlichen) Erkenntnisse der Bezirksgerichte findet, mit Beschränkungen, eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Oberappellationsgericht statt. — Die Wiederaufnahme der Untersuchung ist zu Gunsten des Verurtheilten erleichtert. — Die Freisprechung wegen mangelnden Beweises kann eine beschränkte sein, welche der Freisprechung von der Instanz ähnlich ist. Die Staatsanwaltschaft ist bei den gerichtspolizeilichen Erörterungen thätig und stellt die Strafanträge bei Gericht. Dasselbe hat hierauf Entschließung zu fassen. Die Staatsanwaltschaft kann den Vernehmungen des Angeklagten, der Zeugen ꝛc. in der Voruntersuchung nicht beiwohnen. Dagegen kann sie an den Sitzungen der Gerichte theilnehmen; auch ist ihre Theilnahme an gewissen Sitzungen vorgeschrieben. Sie kann auch zu Gunsten des Angeklagten Nichtigkeitsbeschwerde einwenden. Die Nichtigkeitsbeschwerde zum Nachtheile des Angeklagten ist ihr gegen Erkenntnisse wohl bei Formverletzungen, — bei Rechtsverletzungen jedoch nur dann gestattet, wenn die bewiesene That für straflos erachtet, nicht auch, wenn sie einem milderen Strafgesetze untergestellt worden ist. Die Staatsanwaltschaft kann den gestellten Antrag nur mit Zustimmung des Gerichtes zurücknehmen. Bei den an die Einzelgerichte gewiesenen Sachen ist die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft keine nothwendige. In den ganz geringfügigen Fällen tritt lediglich Privatanklage ein. Bei den Bezirksgerichten sind Staatsanwälte, bei dem Oberappellationsgerichte ein Oberstaatsanwalt mit Stellvertreter angestellt. — Die Vollstreckung der Strafen ist von den Gerichten anzuordnen. Die Todesstrafe wird nicht öffentlich vollzogen.

Die Justizverfassung. Sie beruht im Hauptwerke auf der Gesetzgebung des Jahres 1835. — Die Justiz wird in erster Instanz von königlichen Gerichten und Patrimonialgerichten verwaltet. Die letzteren sind theils städtische Gerichte (Municipalgerichte), theils die mit einem Rittergute verbundenen Gerichte in Städten und Dörfern (eigentliche Patrimonialgerichte). Die königlichen Gerichte sowie die Municipalgerichte sind, je nach ihrer Größe, theils collegialisch, theils bureaukratisch organisirt. Die königlichen Gerichte führen, wenn sie collegialisch organisirt sind, die Bezeichnung: Landgerichte oder Stadtgerichte (bestehend aus einem Director und mehreren Gerichtsräthen) und wenn sie bureaukratisch organisirt sind, je nach ihrer Größe, die Bezeichnung: Justizämter, Justitiariate. An der Spitze derselben steht ein Justizamtmann, Justitiar. Beigegeben sind Actuare, welche nicht blos die Protocollantenfunctionen versehen, sondern auch, da sie sämmtlich studirt und die vorgeschriebenen Richterexamina bestanden haben, auch mit dem Richtereide belegt sind, richterliche Geschäfte besorgen. Die Patrimonialgerichte sind bureaukratisch organisirt. Die Ernennung der Richter und Beamten bei den Municipalgerichten erfolgt durch die

städtischen Behörden, — die Ernennung bei den Patrimonialgerichten durch den Gerichtsinhaber. Bei den letzteren werden Advocaten gewählt, welche außer ihrer Gerichtsbestallung die advocatorische Praxis betreiben können. Die Zahl der Municipal- und Patrimonialgerichte, welche früher die der königlichen Gerichte in Betreff der Seelenzahl der Unterthanen bedeutend überstieg, ist neuerdings infolge freiwilliger Abtretungen an den Staat bedeutend verringert worden. Im Jahre 1848 ist durch ein Gesetz die vollständige Aufhebung der Municipal- und Patrimonialgerichtsbarkeit verordnet und auf dem Landtage des Jahres 1854 von den Ständen die Ausführung dieser Vorschrift genehmigt worden.

Die Gerichte erster Instanz haben die volle Civiljurisdiction in Betreff der Verhandlung und Entscheidung. Sie können jedoch (mit wenigen Ausnahmen) die letztere auch bei dem Spruchcollegium zu Leipzig (dem früheren Spruchcollegium der Juristenfacultät) einholen. In Criminalsachen führen sie die Untersuchung ohne Unterschied der Schwere des Verbrechens und entscheiden, dafern im Falle der Verurtheilung keine die Dauer von drei Monaten Gefängniß übersteigende Strafe zu erkennen sein würde. Auch in diesem Falle können sie die Entscheidung vom Spruchcollegium einholen. Die freiwillige Gerichtsbarkeit, einschließlich des Vormundschafts- sowie des Hypothekenwesens, ist gleichfalls den Gerichten erster Instanz zugetheilt.

Nach der neuen, von den Ständen genehmigten Organisation werden 20 collegialorganisirte Bezirksgerichte, sowie hierüber 113 Einzelgerichte (Gerichtsämter) eingeführt. Mehrere Gerichtsämter bilden den Sprengel eines Bezirksgerichtes. Die Bezirksgerichte untersuchen und erkennen in den wichtigeren Criminalsachen als Gerichte erster Instanz. Nicht minder haben sie die Civilsachen innerhalb des Bezirkes der Städte, wo sie ihren Besitz haben, zu besorgen. Dagegen ist in den übrigen Theilen des Bezirkes die Civiljurisdiction im vollsten Maße den (mit einem kleineren Sprengel versehenen) Gerichtsämtern zugewiesen. Die letzteren können die vor ihnen anhängigen Civilsachen, wie zeither an das Spruchcolleg, so künftig an das betreffende Bezirksgericht zum Verspruche übersenden. Die Gerichtsämter führen die Untersuchung und erkennen in den leichteren Criminalsachen. Die Besorgung der Verwaltungsgeschäfte erster Instanz, soweit sie nicht den Stadträthen zukommt, ist den Gerichtsämtern zugewiesen.

Nach der zeitherigen, noch gegenwärtigen Verfassung sind vier Appellationsgerichte als Gerichte zweiter Instanz hingestellt. Sie entscheiden in Civilsachen in zweiter Instanz. Vor die Appellationsgerichte, bezüglich das Appellationsgericht zu Dresden, gehören in erster Instanz ausnahmsweise diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche exemte Personen (König, königliche Familie ꝛc.) oder exemte Ansprüche (Ansprüche gegen den Fiscus) betreffen. Die Zahl derselben ist sehr unbedeutend. In Criminalsachen erkennen sie in erster Instanz bei Verbrechen, wo eine

die Dauer von drei Monaten Gefängniß übersteigende Strafe zu erkennen sein würde (poena in hypothesi), und in zweiter Instanz bei Berufungen gegen die Erkenntnisse der Gerichte erster Instanz in den leichteren Fällen. Sie sind zugleich in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die zweite Instanz und überhaupt die Aufsichts- und Beschwerdebehörde sowohl betreffs sämmtlicher Untergerichte als auch der Advocaten, Notare.

Nach der neuen Gerichtsverfassung geht die Competenz der Appellationsgerichte in Strafsachen auf die Bezirksgerichte über.

Die Ehesachen gehören in erster Instanz vor die Appellationsgerichte; nur wenn beide Theile der katholischen Kirche angehören, sind die katholisch-geistlichen Gerichte zuständig. Bei gemischten Ehen gilt die Scheidung vom Bande betreffs des katholischen Ehegatten als separatio perpetua a thoro et mensa.

Der oberste Gerichtshof ist das Oberappellationsgericht zu Dresden. Dasselbe bildet in Civil- und in Criminalsachen die höchste Instanz.

An der Spitze der Justizverwaltung steht das Justizministerium. Es ist Anstellungs- und Dienstbehörde der königlichen Justizbeamten, nicht minder die Aufsichtsbehörde über sämmtliche Beamten und Behörden der Justiz, sowie über die Advocaten und Notare. Die Advocaten und Notare sind nicht Staatsdiener. Die Aufsicht über dieselben, sowie über die Behörden und Beamten der Justiz führen, in Unterordnung unter dem Justizministerium, (mit Ausschluß des Oberappellationsgerichtes) die Appellationsgerichte, ein jedes in seinem Kreise.

Zu erwähnen sind noch die Militärgerichte, welche in den Fällen, wo die Militärpersonen als Beklagte betheiligt oder wegen Vergehen und Verbrechen (dafern sie nicht unter Entlassung aus dem Militärstande den Civilgerichten übergeben werden) zur Untersuchung zu ziehen sind. Jedes Militärgericht besteht aus dem Brigadecommandanten und dem Auditeur. In Civilsachen bildet das Appellationsgericht zu Dresden die zweite Instanz, — in Strafsachen das Oberkriegsgericht, welches übrigens in schwereren Fällen in erster Instanz entscheidet. Es wird gebildet aus dem Generalauditeur und einigen abgeordneten Räthen des Appellationsgerichtes zu Dresden. Hat das Oberkriegsgericht in erster Instanz erkannt, so entscheidet in zweiter Instanz das Oberappellationsgericht. Dasselbe erkennt auch in Civilsachen als Gerichtshof dritter Instanz.

Schwarze.

Sachverständige oder Kunstverständige[1]). I. Quellen der Lehre. Die gemeinrechtlichen Quellen sind sehr unergiebig. Das

---

1) Literatur: Struv, de testimonio peritorum, 1687. Rivinus, de iudicio peritorum in arte, 1775. Gönner, Hdbch. des gem. teutschen Processes Bd. II, N. 45. Schneider, Lehre v. rechtl. Beweise §. 176 flg., §. 564 flg. u. S. 478 flg. Mittermaier, im Archiv für civil. Prax. Bd. II, S. 119 flg. Walther ebd. Bd. XXVI, S. 85 flg., 249 flg. Puchta, in der Zeitschr. für

römische Recht handelt von wirklicher Verwendung Sachverständiger im Civilprocesse nur an wenigen Stellen[2]; andere Stellen gehören mehr oder weniger in das Geschäftsleben der Administrativbehörde, sind aber wegen der daraus zu ziehenden Analogien nicht unerheblich[3]; auf Zuziehung Sachverständiger im Criminalprocesse beziehen sich sehr wenige Stellen[4]). Ueber die Gründe der stiefmütterlichen Behandlung der Lehre bei den Römern lassen sich nur Vermuthungen aufstellen[5]). Auch das kanonische Recht enthält nichts als einige Beispiele, wo Sachverständige, aber ebenfalls mehr außerhalb des Processes zugezogen werden[6]). Als die Begründer dieser Lehre erscheinen die italienischen Rechtsgelehrten des Mittelalters[7]), unter ihnen vorzüglich Durantis[8]). Die teutschen Reichsgesetze enthalten wenig hierauf bezügliche Vorschriften[9]); in den mittelalterlichen teutschen Rechtsquellen, vorzüglich in einzelnen Statuten kommt aber der Gebrauch von Sachverständigen zur Ausschließung des Parteieneides schon vor[10]). Bei so wenig gesetzlicher Grundlage hat sich in den teutschen Gerichten eine ganz verschiedenartige Praxis und eine eben so unsichere Theorie gebildet. Die älteren teutschen Juristen und Proceßordnungen behandeln die Sachverständigen bald als Richter, bald als Zeugen, bald lassen sie solche in anderen Eigenschaften auftreten[11]). Mittermaier hat

---

Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 54 flg. Bolgiano, in ders. Zeitschr. N. F, Bd. VII, S. 317 flg. Pratobevera, Materialien VIII, 2. Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1841. Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilproc. Bd. II, S. 313—327. Die Literatur hat Walther a. a. O. S. 94—109 zusammengestellt.

2) L. 8. D. (10. 1.) L. 3. §. 4. D. (11. 7.) L. 3. C. (III. 39.) L. 20. C. (IV. 21.) Nov. 73. c. 7. pr.

3) L. 5. §. 25. D (25. 3.) L. 1. pr. D. (25. 4.) L. 1. §. 25. D. (37. 9.) L. 6. §. 1. C. (V. 9.) L. 6. C. de re militari (XII. 35. (36.)) Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 74. c. 1.

4) Hierher gehört ohne Zweifel L. 17. D. (48. 8.), wo das contemplari sich auf das durch fremde Geistesbildung gewaffnete Auge des Richters, auf den beobachtenden und den Fall nach den Regeln seiner Kunst zur Belehrung des Richters beurtheilenden Arzt bezieht. Walther a. a. O. S. 90.

5) Abweichende Ansichten darüber haben Seeger a. a. O. §. 5 und Walther a. a. O. S. 90 flg.

6) Vgl. cap. 4. 14. X. (II. 19.) Cap. 9. X. (II. 26.) Cap. 6. X. (IV. 15.) Cap. 18. X. (V. 12.) S. Walther a. a. O. S. 93 flg.

7) Vgl. Walther a. a. O. S. 94—100.

8) In seinem Speculum iuris unter dem Titel de requisitione consilii Lib. II. Part. II.

9) Vgl. peinl. Gerichtsordnung Art 35, 147, 149. KGO. v. 1555 Th. I, Tit. 85. Reichsschluß v. 17. Februar 1671. Die KGO. a. a. O. schreibt einen besonderen Eid für Sachverständige vor, welche in Processen zur Abgabe ihres Gutachtens aufgefordert werden.

10) Vgl. Planck, Lehre vom Beweisurtheil S. 63 flg. und die in N. 1, S. 64 angeführten Stadtrechte.

11) Walther a. a. O. S. 101—103. In den sächsischen Proceßordnungen werden sie nach der Analogie der Zeugen behandelt.

das Verdienst, dieser so unsichern Lehre eine feste Stätte bereitet zu haben, indem er von dem Princip ausging, daß die ganze Lehre eine viel einfachere Ansicht gewinne, wenn man die zweifache Art, auf welche die Sachverständigen vorkommen, genau unterscheide, nämlich die Fälle, wo eine Partei Sachverständige als Beweismittel gebraucht, und diejenigen, wo der Richter ihre Zuziehung von Amtswegen verfügt[12]. Die Späteren stimmen damit überein; nur empfehlen Einzelne noch eine strengere Sonderung beider Fälle in den Proceßlehrbüchern, indem der erstere unter die Theorie der Beweismittel und Beweisführung gehört, letzterer nicht[13]).

II. Darstellung der Lehre. 1) Begriff. Im gemeinen Leben werden die Ausdrücke Sachverständige und Kunstverständige, Experten (artis periti, experti) gewöhnlich verwechselt, und dieser Sprachgebrauch kommt auch bei den Juristen vor. Richtiger unterscheidet man aber Sachverständige oder gemeine Sachverständige (aus dem Bauer- und Professionistenstande) von den Kunstverständigen, unter welchen nicht blos solche, welche eine Kunst wirklich ausüben, sondern auch Wissenschaftskundige verstanden werden, insofern sie über Gegenstände einer nicht zum Berufe des Richters gehörigen Wissenschaft vom Richter von Amtswegen oder auf Verlangen der Parteien um ihr Gutachten gefragt werden[14]). Besser und beides umfassend ist der Ausdruck Fachkundige. Zum Sachverständigen qualificirt schon die gewöhnliche Erfahrung, welche man durch seinen Beruf, durch das Geschäft, welches man betreibt, erlangt; zum Kunstverständigen wird aber mehr erfordert. 2) Allgemeine Grundsätze. Die Zuziehung der Fachkundigen zur Abgabe ihres Gutachtens ist nothwendig, wenn es der kunstmäßigen Beurtheilung von Thatsachen gilt, deren Feststellung Anwendung von Grundsätzen einer Kunst oder Wissenschaft voraussetzt, deren Kenntniß nicht bei jedem Staatsbürger zu erwarten ist, auch nicht bei dem Richter als solchem, bei dem durch die Anstellung im Richteramte nur Rechtskunde vorausgesetzt wird. Die Zuziehung von Fachkundigen kann, wie bemerkt, vom Richter von Amtswegen, oder auf Antrag der Parteien erfolgen. Da wo der Richter sich der Sachverständigen von Amtswegen bedient, erscheinen dieselben als Gehilfen des Richters, da der ausschließliche Zweck ihrer Thätigkeit in Ergänzung der dem Richter bei Fällung des Urtheiles zur Erkenntniß etwaiger Vorfragen nöthigen, aber außer dem Kreise der ihm als Richter beiwohnenden Wissenschaft liegenden Kenntnisse besteht und der Richter erst hierdurch zur Abfassung des Erkenntnisses die Befähigung erhält. In dieser Eigenschaft als Gehilfen des Richters können sie eine zweifache

---

12) Mittermaier, im Archiv Bd. II, S. 119 flg.
13) So Walther a. a. O. S. 111 flg.
14) Puchta, in der Zeitschrift Bd. III, S. 55. Walther a. a. O. S. 109 flg.

Bedeutung haben, die aber ebensowohl bei der Beweisführung der Parteien durch Sachverständige vorkommt. Sie sind nämlich entweder a) wahrnehmende und darstellende Gehilfen in den Fällen, wo eine durch Fachkenntnisse bedingte Wahrnehmung zum Zweck der Feststellung thatsächlicher Verhältnisse zur Sprache kommt und wobei richterliche Mitwirkung stattfinden kann, oder b) beurtheilende Subjecte da, wo ihnen, sei es nach vorgängiger Besichtigung oder auch ohne dieselbe, technische Fragen zur Begutachtung vorgelegt werden, welche sie den Grundsätzen der einschlagenden Kunst, Wissenschaft oder Sachkunde unterzustellen und daraus die für die richterliche Beurtheilung dienlichen Schlüsse zu ziehen haben, wobei sie ohne richterliche Mitwirkung thätig sind [15]). Insofern die Sachverständigen da, wo ihr Geschäft lediglich im Beurtheilen besteht, gewissermaßen am Richteramte Theil nehmen, indem sie, ohne sich um die Feststellung des Rechtes unter den Parteien zu bekümmern, durch ihr Urtheil blos eine Thatsache feststellen, welche der Richter erst zum Behuf der Feststellung des Rechtes unter den Parteien unter das Gesetz subsumirt, werden sie auch iudices facti genannt [16]). Sachverständige der ersteren Art (unter a) werden von Einigen als sachverständige gelehrte Zeugen, im Gegensatze der factischen Zeugen [17]), von Anderen als Zeugen im weiteren Sinne betrachtet [18]); sie sind aber in der That den Zeugen nur entfernt ähnlich. Denn der eigentliche Zeuge gründet seine Wissenschaft lediglich auf sinnliche Wahrnehmung und darf nie urtheilen, während gerade in der Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse nach Regeln einer Kunst, Wissenschaft oder Sachkunde das Hauptgeschäft der Sachverständigen besteht. Sachverständige, sie mögen als wahrnehmende und darstellende, oder als beurtheilende erscheinen, vergleichen stets, indem sie die vorliegenden Verhältnisse, gleichviel ob vergangene oder noch in der Gegenwart vorhandene, mit den Regeln ihrer Kunst, Wissenschaft oder Sachkunde zusammenstellen; der Zeuge erinnert sich nur an vergangene sinnliche Wahrnehmungen ohne Vergleichung [19]). 3) Zuziehung Sachverständiger von richterlichen Amtswegen. Diese kann nur in folgenden Fällen stattfinden: a) wenn der Richter in den Grenzen des richterlichen Frage- oder Aufhellungsrechtes eine Besichtigung vorzunehmen hat, welche ohne Zuziehung von Sachverständigen nicht zweckgemäß möglich ist [20]); b) wenn dem Richter zur Prüfung

---

15) Walther a. a. O. S. 254, 255.

16) Grolman, Theorie des Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 84. Puchta a. a. O. S. 57.

17) Grolman a. a. O. S. 121. Seeger a. a. O. §. 16, N. 24.

18) Puchta a. a. O. S. 58 flg.

19) Walther a. a. O. S. 255—257.

20) Mittermaier a. a. O. §. 2, S. 123 flg. Gensler, im Archiv für civil. Prax. Bd. I, S. 41, N. *. Puchta a. a. O. S. 62. Walther a. a. O. S. 249 flg.

eines von der beweispflichtigen Partei bereits geführten Beweises, um zu beurtheilen, ob und inwieweit derselbe gelungen sei oder nicht, das Gutachten Sachverständiger nothwendig ist[21]). Außer diesen Fällen darf der Richter Sachverständige von Amtswegen nicht zuziehen und es ist ein Mißbrauch der richterlichen Gewalt, wenn dies auf Kosten der immer nur den Parteien obliegenden Beweisführung dennoch geschieht. Zur Zuziehung Sachverständiger von Amtswegen bedarf es weder eines Beweisinterlocuts, noch ist der Richter hier durch eine Frist beschränkt[22]). Die Wahl derselben steht nur dem Richter zu, was, da sie seine Gehilfen sind, ganz angemessen ist[23]). Unstatthaft ist es, dem Richter diese Befugniß entziehen und solche den Parteien ganz oder theilweise einräumen zu wollen[24]). Den Parteien zu gestatten, Sachverständige in Vorschlag zu bringen[25]), ist ebenfalls mit dem Wahlrecht des Richters unvereinbar, jedoch unbedenklich, da der Richter nach dem Bemerkten nicht an die Vorschläge gebunden ist und es lediglich von ihm abhängt, ob er aus den von den Parteien Vorgeschlagenen sich seine Gehilfen wählen will oder nicht. Sowie die Wahl der Sachverständigen hängt auch die Bestimmung der erforderlichen Anzahl derselben blos vom Ermessen des Richters ab. Selbst Ein Sachverständiger wird für genügend gehalten, wenn derselbe vom Staate als solcher angestellt ist, oder wenn blos eine geringfügige Sache und ein solcher Gegenstand in Frage ist, wobei wegen der Gewißheit der darauf anzuwendenden Regeln ein Irrthum nicht leicht zu befürchten ist, oder wenn der Sachverständige in seinem Fache anerkannt ausgezeichnet ist, oder nur Einer ausfindig zu machen ist, oder wenn die Parteien auf Einen Sachverständigen compromittiren, was jedoch nur bei Beweisführung durch Sachverständige stattfinden kann. Regelmäßig verlangt man aber mehrere Sachverständige[26]), weil in der Uebereinstimmung Mehrerer

---

21) Mittermaier, Gensler, Puchta, Walther a. d. a. O.

22) Walther a. a. O. S. 253 flg.

23) Dies sagen auch die Gesetze, so oft sie vom richterlichen Gebrauch der Sachverständigen sprechen. L. 8. D. (10. 1.) L. 3. §. 4. D. (11. 6.) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 129 flg. Walther a. a. O. S. 258.

24) Darin fehlt Gönner a. a. O. S. 439 flg., daß er, obgleich er dem Richter die Wahl zuspricht, doch durch die Verwechselung der beiden erwähnten Hauptfälle dazu kommt, daß die Sachverständigen vom Richter und von den Parteien immer in gleicher Anzahl ernannt werden müßten. Die von Gönner a. a. O. angedeutete zu befürchtende Parteilichkeit bei der Wahl des Richters steht auch nicht entgegen, da der Partei das Recht des Antrages auf Verwerfung ihr verdächtiger Subjecte zusteht. Walther a. a. O. S. 259. Dies setzt voraus, daß der Richter die Parteien vorher von der von Amtswegen vorzunehmenden Zuziehung Sachverständiger und von den von ihm dazu auserwählten Personen in Kenntniß setzt.

25) Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß S. 485 flg. 7. Ausgabe.

26) Walther a. a. O. S. 260 flg. Die Gesetze bestimmen nichts darüber und daß wenigstens zwei Sachverständige sein müßten, wie 2 Zeugen zum vollen

für Richter und Parteien eine größere Garantie liegt. Der Richter muß den Parteien davon Nachricht geben, daß er sich veranlaßt gefunden habe, zur Einholung eines Gutachtens über die näher zu bezeichnende Frage sich an die mit Namen anzugebenden Sachverständigen zu wenden; dadurch wird es den Parteien möglich, ihre Einwendungen gegen diese Sachverständigen vorzubringen[27]). Von selbst versteht sich, daß als Sachverständige nur solche Personen zu wählen sind, welche die erforderliche Kenntniß, Geschicklichkeit und Erfahrung haben. Diese wird bei den vom Staate angestellten und verpflichteten Personen vermuthet; bei anderen dazu nicht gehörigen Personen entscheiden die individuellen Umstände über ihre Tauglichkeit oder Unbrauchbarkeit. Außer dem Mangel der erforderlichen Kenntniß, welcher zum Sachverständigen unfähig macht, können die Gründe, welche Zeugen unfähig oder verdächtig machen, auch bei Sachverständigen geltend gemacht werden, nicht blos bei der Beweisführung durch Sachverständige, sondern auch bei ihrer Zuziehung von Amtswegen[28]). Das Verfahren bei den von Amtswegen zugezogenen Sachverständigen ist dem bei der Besichtigung von Amtswegen ähnlich[29]). Zunächst werden die Sachverständigen, unter kurzer Angabe des Falles, zur Ertheilung der nöthigen Instruction und zu der etwa erforderlichen Vereidung auf einen bestimmten Tag vor Gericht geladen. Verweigern die Sachverständigen ihre Thätigkeit, so ist ein Zwang gegen sie, wie übereinstimmend anerkannt ist, dann zulässig, wenn sie öffentlich angestellte Kunstverständige sind, indem ihre Verpflichtung zur Abgabe des erforderten Gutachtens in ihrer Stellung liegt. Ob bei anderen nicht öffentlich angestellten ein Zwang stattfinde, ist bestritten. Eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung, sich als Sachverständiger gebrauchen zu lassen, wie bei den Zeugen, wird von Vielen behauptet[30]). Die Analogie der Zeugen paßt aber nicht, weil wohl beliebig andere Sachverständige, nicht aber andere Zeugen gewählt werden können. Ein Zwang wird sich daher nur bei solchen

---

Beweise, läßt sich nicht behaupten, da eben Zeugen und Sachverständige verschieden sind.

27) Mittermaier a. a. O. S. 131. Walther a. a. O. S. 271.

28) Im letzteren Falle ist das Recht der Parteien, die Sachverständigen zu verwerfen, nach den Grundsätzen der Recusation von Gerichtspersonen zu beurtheilen, und ein hier auch nur verdächtiger Sachverständiger vom Richter zu verwerfen, während im ersten Falle ein solcher vorläufig, gleich den Zeugen, zugelassen wird, vorbehältlich der Prüfung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage bei Würdigung des Beweises. Mittermaier a. a. O. S. 132 flg. Walther a. a. O. S. 272.

29) Vgl. den Artikel Richterlicher Augenschein.

30) Vgl. besonders Martin, Jahrb. der Gesetzg. und Rechtspflege in Sachsen, Jahrg. 1, S. 179 flg. Walther a. a. O. S. 262 flg. Für die Länder, wo der sächsische Proceß gilt, ist dies unbedenklich anzunehmen und auch vom OAGericht zu Jena angenommen, da die sächsischen Proceßgesetze die Sachverständigen überhaupt nach der Analogie der Zeugen behandeln. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 123.

Sachverständigen rechtfertigen lassen, welche wegen ihrer Kunde von Verhältnissen, welche nicht mehr oder in der hier erheblichen Art anderen vorgelegt werden können, nicht zu ersetzen sind, äußersten Falles dann, wenn andere Sachverständige nicht zu finden sind, weil sonst ein Rechtsschutz des Staates für den Einzelnen in dieser Sache nicht möglich sein würde [31]. Die Behauptung eines erwählten Sachverständigen, er sei zur Abgabe des verlangten Gutachtens unfähig [32], kann nur bei denjenigen Berücksichtigung finden, welche die legitimirenden Prüfungen nicht bestanden haben [33]; außerdem wird sie nicht beachtet, obwohl dem Sachverständigen bei erforderter Abgabe des Gutachtens auch nach der Vereidung, immer noch, gleich dem Zeugen, welcher von einem Thatumstande, worüber er zeugen soll, nichts weiß, freisteht, zu erklären, daß er nichts von der Sache verstehe, und dadurch das Gutachten abzulehnen. Die Sachverständigen können zum Behuf ihrer Vorbereitung die Acten einsehen oder Abschrift davon nehmen [34]; auch wird ihnen sofort oder im angesetzten Termine die nöthige Instruction ertheilt und die betreffenden Fragen vorgelegt. Den Parteien geschieht von der von Amtswegen erfolgten Zuziehung von Sachverständigen zum Behuf der etwa gegen dieselben oder gegen die Normirung der ihnen vorzulegenden Vorfragen vorzubringenden Einwendungen Mittheilung. Das Vorbringen solcher Einwendungen muß spätestens im angesetzten Termine geschehen. Ueber die vorgebrachten Einwendungen ist, je nachdem sich ihre Grundlosigkeit sofort ergiebt oder nicht, sofort oder baldmöglichst zu erkennen. Ueber behauptete Unfähigkeit oder Verdächtigkeit eines Sachverständigen ist zunächst zu erkennen; ein wegen gegründeten Verdachtes abgelehnter Sachverständiger wird sofort verworfen [35], und es werden in dieser Hinsicht so wenig Schwierigkeiten gemacht, daß man selbst, ohne das Erbieten der ablehnenden Partei zum Perhorrescenzeide zu berücksichtigen, ohne Ablegung dieses Eides die Sache durch Zuziehung anderer unverdächtiger Sachverständigen beilegt [36]. Die Ladung der Parteien zum Termine ist nur dann nothwendig, wenn es nicht lediglich auf eine Beurtheilung der Sachverständigen, sondern auf eine Wahrnehmung derselben ankommt [37]; sie ist in der Regel monitorisch, arctatorisch nur bei einer richterlichen unter Zuziehung von Sachverständigen vorzunehmenden Besichtigung, wo dann das Präjudiz dasselbe ist, wie bei der Augenscheinseinnahme [38]. Bei dem Ausbleiben

31) Schmid, Hdbch. Bd. II, S. 315. Walther a. a. O. S. 263 flg., N. 73 a. E.
32) Schneider a. a. O. §. 186 a. E.
33) Walther a. a. O. S. 264 flg.
34) Mittermaier a. a. O. S. 133.
35) Mittermaier a. a. O. S. 132, 133. Walther a. a. O. S. 272.
36) Walther a. a. O. S. 272.
37) Mittermaier a. a. O. S. 133.
38) Vgl. den Artikel Richterlicher Augenschein.

der Parteien oder Sachverständigen im Termine, werden im ersten Falle, gleichviel ob einer oder beide Theile fehlen, die Verhandlungen fortgesetzt[39]; im zweiten Falle wird gegen die ausbleibenden Sachverständigen, insofern Zwang gegen sie zulässig ist, mit Zwangsmaßregeln verfahren[40]. Erscheinen beide zusammen, so schreitet der Richter, wenn entweder keine Einreden vorgebracht oder die vorgebrachten auf die vorher angegebene Art beseitigt sind, zur Vereidung der Sachverständigen. Die Vereidung ist aber so wesentlich wie bei den Zeugen[41] und kommt nur infolge Verzichtes der Parteien in Wegfall; bei öffentlich angestellten Kunstverständigen, welche ein für allemal bei ihrer Anstellung vereidet worden sind, fällt die jedesmalige specielle Vereidung weg und es genügt bei ihnen Abnahme des Handschlages und Verweisung auf ihren bereits geleisteten Eid, ohne daß die Unterlassung auch dieser Förmlichkeit Nichtigkeit der Handlung zur Folge hätte[42]. Obgleich von Manchen[43] es für gleichgiltig geachtet wird, ob die Vereidung vor oder nach Beendigung des Geschäftes erfolgt, so ist doch die vorherige Vereidung, abgesehen von der Analogie der Zeugen, nicht allein viel geeigneter, eine bessere und zuverlässigere Wirkung hervorzubringen, sondern sie ist auch in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben[44] und hat die meisten Auctoritäten für sich[45]. Der von den Sachverständigen zu leistende Eid ist jedenfalls auf Genauigkeit und Sorgfalt bei Untersuchung der Sache, demnächst aber

---

39) L. 3. C. (III. 39.) S. Gönner, Handbuch Bd. II, S. 548 flg. Walther a. a. O. S. 273.

40) Walther a. a. O. S. 262 flg., der sich auch über die geeigneten Maßregeln näher erklärt.

41) Dies beruht auf L. 20. C. (IV. 21.) L. 6. §. 1. C. (V. 9.) Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 74. c. 1. KGO. v. 1555 Th. I, Tit. 85. Die mehrfachen von Einzelnen gemachten Ausnahmen s. bei Seeger a. a. O. §. 62. Sie sind größtentheils willkürlich.

42) Walther a. a. O. S. 266 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Selbstverständlich beschränkt sich die Verpflichtung öffentlich angestellter Sachverständiger auf die Grenzen des Landes, in welchem sie angestellt sind; werden im Auslande öffentlich angestellte Sachverständige zugezogen, so verlangt man ebenfalls specielle Vereidung im Fragefalle. Walther a. a. O. S. 266, N. 79 und die dort angeführten Rechtslehrer.

43) Berger, Oecon. iur. Lib. II. Tit. VI. §. 3. n. 9.

44) Für den Civilproceß durch L. 2. C. (IV. 21.), für den Criminalproceß durch die peinliche Gerichtsordnung Art. 149.

45) Vgl. die Citate bei Walther a. a. O. S. 267, N. 81, deren Zahl leicht vermehrt werden könnte. Die neueren sächsischen Proceßgesetze verlangen vorherige Verpflichtung. Rudolst. P. O. P. II. Tit. XVII, §. 1. Erl. P. O. Tit. XXVIII, §. 2, 3. Altenb. und Goth. P. O. P. I. Cap. 28, §. 2—5. Die ältere sächsische Praxis verlangt sie nach Analogie der Zeugen, hinsichtlich deren die älteren Proceßordnungen, wenn sie zu einer Besichtigung zugezogen werden, vorgängige Vereidung fordern. Alte kurs. P. O. Tit. XXVIII, §. 1. Ernest. P. O. P. I. Cap. 10, §. 39. Eisen. P. O. Tit. 13, §. 35. Rudolst. P. O. P. II. Tit. XVII, §. 1.

auch auf Unparteilichkeit zu richten[46]) und der in den Reichsgesetzen[47]) vorgeschriebene Eid ist ausdrücklich mit darauf gerichtet. Ob letzterer Eid nach der gesetzlichen Formel, soweit er auf die eigene Kenntniß der Sachverständigen geht, ein Wahrheitseid oder Glaubenseid sei, ist bestritten[48]), ein Streit, der, weil die Entscheidung desselben nicht von praktischem Gewicht ist, nur kurz zu berühren ist. Die Eidesformel deutet in ihrer Fassung auf einen Glaubenseid hin und die Auffassung des Eides als eines solchen rechtfertigt sich dadurch, daß der Ausspruch der Sachverständigen oft durch bestrittene wissenschaftliche Grundsätze bedingt, oft auch von mehr oder weniger allgemein angenommenen häufig sehr unbestimmten Regeln abhängt, das Gesetz mithin nicht verlangt, in solchen Fällen die über allen Zweifel erhabene Wahrheit zu beschwören, sondern sich mit der reinen Darstellung der subjectiven Ueberzeugung „wie ihr Gestalt der Sachen erfindet" begnügt. Bei Anwendung unbestrittener Grundsätze können auch Wahrheitseide vorkommen. Verweigerung des Eides steht der Weigerung, sich als Sachverständiger brauchen zu lassen, gleich. Die Sachverständigen können sich vor Abgabe ihres Gutachtens sowohl unter einander berathen, als mit den Parteien besprechen, weil sie ein von allen Seiten überlegtes Urtheil fällen sollen; aus demselben Grunde ist ihnen zur Abgabe des Gutachtens Bedenkzeit zu verstatten. Nach gehöriger Vorbereitung auf diese Weise ertheilen die Sachverständigen, zur Vermeidung schädlicher Einflüsse ohne Zuziehung der Parteien[49]), ein auf gegenseitige Berathung und Austausch der Ansichten gestütztes Gutachten[50]), indem sie es entweder schriftlich einreichen, wozu das Gericht ihnen eine Frist setzt, oder sie einzeln zu Protocoll vernommen werden. Auferlegung von Stillschweigen findet nicht statt, so wenig wie ein Rotulus gefertigt wird[51]). In Ansehung der Frage, ob die Sachverständigen das abgegebene Gutachten abändern oder widerrufen können, läßt sich der verschiedene Fall denken, daß entweder wegen neu aufgefundener Thatsachen oder wegen Sichbewußtwerdens angeblich zuverlässigerer Bestimmungsgründe vor dem rechtskräftigen Erkenntniß, oder aus gleichen Gründen nach der Rechtskraft des Erkenntnisses einzelne, mehrere oder sämmtliche Sachverständige das Gutachten abändern oder widerrufen wollen[52]). Im ersten Falle ist Abänderung oder Widerruf zulässig, sobald die neuen Thatsachen solche sind, welche, wenn sie zur Zeit des abgegebenen

46) L. 20. C. (IV. 21.) Quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, huiusmodi faciunt comparationem.

47) KGO. v. 1538 §. 32. KGO. v. 1555 Th. I, Tit. 85.

48) Vgl. darüber Walther a. a. O. S. 267—271.

49) Martin, Civilproc. §. 221. Seeger a. a. O. S. 84.

50) Quistorp, Bemerk. Bd. I, N. 11, S. 71, 72. Mittermaier a. a. O. S. 135 a. E.

51) Walther a. a. O. S. 274 flg.

52) Vgl. darüber Walther a. a. O. S. 275—277.

Gutachtens vorhanden gewesen wären, auf dasselbe wesentlich hätten einwirken können; die Parteien werden dann vom Stande der Sache benachrichtigt und es haben die Sachverständigen, unter theilweiser Beobachtung des früheren Verfahrens, ein abgeändertes oder neues Gutachten abzugeben, wenn nicht infolge der neuen Thatumstände besondere Verdachtsgründe gegen einzelne Sachverständige hervortreten, welchenfalls die Beiziehung anderer Sachverständigen an der Stelle der verdächtigen nöthig werden kann; außer diesem Falle sind für die früheren Sachverständigen nochmalige Instruction und Vereidung unnöthig; es genügt bloße Hinweisung. Hingegen wegen behaupteten Sichbewußtwerdens angeblich zuverlässigerer Bestimmungsgründe kann das Gutachten nicht abgeändert oder widerrufen werden, weil bei gegentheiliger Annahme die Sache kein Ende nehmen würde und dieses Bewußtsein besserer Bestimmungsgründe zum Nachtheil der Parteien sich sehr oft wiederholen könnte; zugleich wird durch die Nichtzulassung der Abänderung oder des Widerrufes des Gutachtens in diesem Falle erreicht, daß dem Gewissen desjenigen Sachverständigen, welcher bei der Begutachtung seiner Ueberzeuguug gemäß verfahren hat, nicht zu nahe getreten, gewissenlosen Sachverständigen aber die Möglichkeit der Ertheilung eines abermaligen unrichtigen Gutachtens benommen wird. Im zweiten Falle muß die Abänderung oder der Widerruf des Gutachtens wegen neuaufgefundener Thatsachen, deren Dasein zur Zeit der Ertheilung desselben für dasselbe erheblich gewesen wäre, ebenfalls für statthaft erachtet werden; jedoch führt dies nicht zur theilweisen Wiederholung des früheren Verfahrens, sondern zur Cassation des Erkenntnisses; aus dem zweiten Grunde dagegen kann eine Abänderung oder ein Widerruf des Gutachtens nicht stattfinden, weil abgesehen von dem im ersten Falle für die Unzulässigkeit sprechenden Gründe die Parteien durch die Nichtanfechtung des eröffneten Erkenntnisses ihre Zufriedenheit mit den vorhandenen Bestimmungsgründen so unzweifelhaft zu erkennen gegeben haben, daß es der Aufstellung zuverlässigerer Bestimmungsgründe nicht mehr bedarf. Darüber, ob das Gutachten der Sachverständigen durch Gründe unterstützt sein müsse oder nicht, herrschen sehr verschiedene Ansichten [53]). Einige erklären die Beifügung von Gründen nur dann für nothwendig, wenn der Richter solches ausdrücklich verlangt, außerdem nicht; Andere halten Beifügung der Gründe für überflüssig; noch Andere verlangen sie unter allen Umständen. Nur die letzte Meinung kann gebilligt werden. Dafür spricht, daß das Gutachten durch die Triftigkeit der beigefügten Gründe erst Glaubenswürdigkeit und Werth erhält; daß ferner bei Sachverständigen als Gehilfen des Richters eine Verpflichtung zur Begründung ihres Gut-

53) S. über die verschiedenen Ansichten und deren Beurtheilung Walther a. a. O. S. 278 flg., der auch die Rechtslehrer für die eine oder andere Meinung anführt.

achtens in gleicher Weise anzunehmen ist, wie bei dem Richter in Ansehung der Begründung seiner Entscheidung. Uebrigens kann der Streit dadurch beseitigt werden, daß der Richter gleich bei der Instruction den Sachverständigen die Unterstützung ihres Gutachtens durch Gründe zur Pflicht macht und die Nichtannahme eines nicht mit Gründen unterstützten Gutachtens in Aussicht stellt. Bei Schätzungen bedarf es der Beifügung von Gründen in der Regel nicht. Eine Mittheilung des Gutachtens der von Amtswegen zugezogenen Sachverständigen an die Parteien wird zwar von Vielen verlangt [54]), welche sich deshalb auf römische Gesetzstellen [55]) berufen. Allein diese Stellen handeln sämmtlich von dem arbitrium boni viri und sind nicht anwendbar auf einen Proceß, wo Sachverständige zugezogen werden. Hiernächst handelt es sich nicht mehr um Feststellung thatsächlicher Verhältnisse, sondern um Belehrung des Richters über Gegenstände, wozu besondere ihm abgehende Sachkenntniß nöthig ist, zum Zweck der Fällung des Urtheiles, worein die Parteien nichts zu reden haben. Eine Beeinträchtigung der Rechte der Parteien bei Nichtmittheilung des abgegebenen Gutachtens ist ebenfalls nur scheinbar, da den Parteien gegen das auf den Grund des abgegebenen Gutachtens gefällte Urtheil die Appellation verbunden mit dem Antrage an den höheren Richter auf Zuziehung anderer Sachverständigen freisteht [56]). Alle diese Gründe entscheiden gegen die Mittheilung des Gutachtens an die Parteien. Der Richter ist in der Regel an das einstimmige die Frage vollständig und bestimmt entscheidende Gutachten der von Amtswegen zugezogenen Sachverständigen gebunden, weil er in einem Gebiete, wo seine Kenntnisse nicht genügen, sich hat vertreten lassen und der auf die angegebene Weise geeigenschaftete Ausspruch der Sachverständigen gleichwie ein von ihm selbst ausgegangener zu betrachten ist. Weder der Mangel der Ueberzeugung des Richters von der Richtigkeit des Gutachtens, noch die Abweichung der Fachkundigen in den Gründen bei Einverständniß in dem Resultate können den Richter zur Wiederholung der Handlung unter Zuziehung anderer Sachverständigen berechtigen [57]). Ausnahmen finden statt, wenn offenbare Fehler (in Auffassung der Thatsachen oder der vorgelegten Frage) oder störende Unvollständigkeiten vorliegen oder wegen der persönlichen Verhältnisse der Sachverständigen Nichtigkeit der Handlung zu besorgen ist [58]). Dann ist dem Richter die Beiziehung anderer Sachverständigen

---

54) Mevius P. III. dec. 215. n. 4. P. III. dec. 26. n. 9. Claproth, ordentl. Proc. Bd. II, S. 400. Gönner, Hdbch. Bd. II, S. 445 flg. Hagemann, prakt. Erört. Bd. VII, N. 11, 12, S. 21 und andere bei Walther a. a. O. S. 279, N. 114 angeführte Schriftsteller.

55) L. 79. D. (17. 2.) L. 30. D. (38. 1.) L. 15. C. (IV. 38.)

56) Mittermaier a. a. O. S. 136 flg. Walther a. a. O. S. 280 flg.

57) Schneider, vom Beweis S. 112, 479. Gönner a. a. O. S. 457 flg. Walther a. a. O. S. 281.

58) Walther ebd.

zu verstatten, wenn die Meinungsverschiedenheit der bereits abgehörten so auffallend ist, daß er für das Erkenntniß kein Resultat daraus ziehen konnte[59]). Sehr streitig ist die Frage über das Verhalten des Richters bei Collision der Gutachten der von Amtswegen zugezogenen Sachverständigen[60]). Selbstverständlich können die für den Fall widersprechender Aussagen der Zeugen geltenden Grundsätze hier nicht zur Anwendung kommen. Zuvörderst soll die Frage in Bezug auf Gutachten im engeren Sinne, mit Ausschluß der Schätzungen, bei welchen ein besonderes Verfahren stattfindet, beantwortet werden. Es giebt hinsichtlich der Frage zwei Hauptansichten. Nach der ersten ist der Richter im Falle eines Widerspruches der Sachverständigen lediglich an die Stimmenmehrheit gebunden[61]). Nach der zweiten Ansicht entscheidet die Triftigkeit der Gründe, worauf das Gutachten beruht. Diese Ansicht zerfällt wieder in zwei Abtheilungen, indem a) nach Einigen die Prüfung der Gründe dem Richter zusteht[62]), b) nach Anderen die Prüfung durch neue Sachverständige vorzunehmen ist[63]). Die erste Ansicht stützt sich auf zwei Digestenstellen[64]). Allein die erste Stelle ist, abgesehen davon, daß das darin angezogene kaiserliche Rescript wohl keinesweges beabsichtigte, die Stimmenmehrheit bei Collision der Gutachten als allgemeine Entscheidungsnorm im Civilproceß hinzustellen, sehr singulär, ebenso wie die Motive ihrer Entstehung, und kann, da darin von einem bloßen richterlichen Provisorium die Rede ist, nichts für das Princip der Stimmenmehrheit entscheiden,

59) Gönner a. a. O. S. 457 flg. Walther a. a. O. S. 281.

60) Vgl. darüber Walther a. a. O. S. 282 flg.

61) Von den Neueren sind dieser Ansicht Schneider, vom Beweis §. 183, 188 und krit. Anm. 41, S. 480. Gönner, Hdbch. Bd. II, N. 45, §. 15—17, S. 454 flg. Grolman, Theorie §. 84, S. 122. Bayer, Vorträge S. 482, 7. Ausg. Mittermaier a. a. O. S. 140. Letzterer blos für den Fall des von Amtswegen eingeholten Gutachtens. Andere Citate, namentlich aus älteren Schriftstellern, s. bei Walther a. a. O. S. 283, N. 123. Seeger a. a. O. §. 73, S. 98, N. 4, 5 läßt nur in Fällen, wo es sich von moralischer oder juristischer (die Möglichkeit eines Anderen nicht ausschließenden) Wahrheit handele, die Stimmenmehrheit entscheiden; versagt ihr aber, da den Sachverständigen eine definitiv entscheidende richterliche Gewalt nicht zustehe und ihr Ausspruch erst durch das ihn annehmende richterliche Erkenntniß vollkommen giltig werde, vollständig durchgreifende Geltung und läßt dadurch nur eine wichtige Vermuthung für die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht entstehen, deren Entkräftung durch andere wichtige Gründe zulässig sei.

62) S. die Citate bei Walther a. a. O. S. 284, N. 124. Auch Mittermaier a. a. O. S. 139 ist dieser Meinung, jedoch nur bei der eigentlichen Beweisführung durch Sachverständige.

63) Martin, Civilproc. §. 218. Linde, Civilproc. §. 296 a. E. Walther a. a. O. S. 287 flg. Einen Mittelweg schlägt Puchta a. a. O. S. 67 flg. ein, indem er zwar im allgemeinen die Stimmenmehrheit für entscheidend hält, aber bei erheblichen Zweifeln gegen das Gutachten der Mehrheit nicht für dessen sofortige Verwerfung und die Annahme des Gutachtens der Minderzahl entscheidet, sondern auf Beiziehung anderer Sachverständigen dringt.

64) L. 1. pr. D. (25. 4.) L. 17. §. 7. L. 18. 27. D. (4. 8.)

welches auch bei gewissenlosen Sachverständigen keine hinreichende Gewähr für die Rechtssicherheit der Parteien bietet, auch weder für den Fall der Gleichheit der Stimmen, noch der gänzlichen Meinungsverschiedenheit ausreicht. Die drei übrigen Digestenstellen handeln von der Entscheidung durch mehrere Schiedsrichter, und hier mußte allerdings, wie auch geschehen ist, das Princip der Entscheidung durch Stimmenmehrheit sanctionirt werden, weil sonst die Sache keinen Ausgang gewinnen konnte. Was aber von Schiedsrichtern gilt, läßt sich ohne Weiteres nicht auf Sachverständige übertragen. Die zweite Ansicht mit ihrer unter a. erwähnten Unterabtheilung ist deshalb zu verwerfen, weil sie bei dem Richter Kenntnisse voraussetzt, durch deren Mangel bei ihm er sich ja zur Beiziehung Sachverständiger veranlaßt sah. Dagegen verdient sie mit der unter b. gedachten Unterabtheilung vollständige Billigung [65]); sie gewährt auch für die Rechtssicherheit der Parteien größere Bürgschaft, als das Princip der Stimmenmehrheit und beseitigt die Schwierigkeiten, welche bei diesem Princip dann erwachsen, wenn Stimmengleichheit oder gänzliche Meinungsverschiedenheit vorhanden ist. Die von Manchen [66]) aufgestellte Ansicht, die Sachverständigen zusammengenommen als ein Collegium zu betrachten und wie ein richterliches Collegium entscheiden zu lassen, ist deshalb unhaltbar, weil es an dem fortdauernden Zwecke sowohl, als an der auf der Anerkennung des Staates beruhenden Corporationseigenschaft mangelt. Der Ausweg, welchen Gönner [67]) darin findet, daß er die Analogie des Instanzenzuges bei den Gutachten Platz greifen läßt, ist allerdings in einzelnen Staaten gesetzlich eingeführt, nicht aber überall anwendbar, weil nicht in allen Staaten für alle Arten der Sachverständigen solche Instanzen geordnet sind [68]). Schätzungen insbesondre werden von den Sachverständigen, unter Beobachtung des früher gedachten Verfahrens, ohne Beisein der Parteien vorgenommen; die Angaben der Taxatoren sind Gutachten, worauf das richterliche Erkenntniß gebaut wird [69]). Beifügung von Gründen ist bei Taxationen unnöthig, ebenso wie Mittheilung des Resultates an die Parteien wegfällt, indem vielmehr nach erfolgter Schätzung das Erkenntniß sofort ertheilt oder der Actenschluß decretirt wird. Ist das Resultat der Schätzung augenscheinlich zu hoch oder zu niedrig und daher eine Beruhigung der Parteien dabei nicht zu erwarten, so muß der Richter befugt sein, die Schätzung wiederholen zu lassen. Den Parteien wird

---

65) Es ist unnöthig, sich deshalb auf die von Zeugen handelnde L. 21. §. 3. D. (22. 5.) zu berufen, obwohl eine analoge Anwendung derselben auf Sachverständige unbedenklich ist. Ueber die weiteren Gründe für die im Texte gebilligte Meinung s. Walther a. a. O. S. 287 flg.

66) Schneider, vom Beweis S. 480.

67) Gönner, Hdbch. Bd. II, S. 449.

68) Walther a. a. O. S. 289 und die Citate in N. 130.

69) Vgl. Walther a. a. O. S. 292—294.

auch das Recht eingeräumt, nach einigermaßen gelieferter Bescheinigung der vorliegenden offenbaren Unrichtigkeiten die Wiederholung der Schätzung zu verlangen[70]), jedoch bedarf es dessen nicht, da die Parteien durch Appellation allen etwa entstehenden Benachtheiligungen Abhilfe verschaffen können. Bei durchgehender oder theilweiser Abweichung der Angaben der Taxatoren ist nicht die niedrigste Werthangabe maßgebend[71]), sondern es gilt die Mittelzahl, welche durch Division der Zahl der sämmtlichen Taxatoren in die Gesammtsumme der Schätzung gewonnen wird, als die richtige und entscheidende. Auch wenn Mitglieder einer einzelnen Schürze sich nicht vereinigen können, wird dieses Verfahren angewendet. Einzelne Schürzen werden besonders dann nöthig, wenn der Gegenstand der Taxation zusammengesetzter Art ist, so daß dessen Theile verschiedene in Einer Person nicht vorhandene Kenntnisse voraussetzen[72]). 4) Beweisführung durch Sachverständige. In allen übrigen Fällen, wo von den Parteien gewisse Thatsachen behauptet werden, deren Beweis durch bloße Sinneswahrnehmung von Personen, welche ohne kunstmäßige Bildung nur mit ihren gesunden Sinnen beobachten, nicht hergestellt werden kann, sondern nur durch Personen, welche eine gewisse Kunst oder Wissenschaft haben, nach deren Regeln zu erbringen ist, muß der Richter den Beweis dieser Thatsachen der betreffenden Partei auferlegen, und diese hat die Beweisführung durch Sachverständige, welche analogisch im Ganzen nach den Regeln des Verfahrens vom Zeugenbeweise zu bestimmen ist, zu übernehmen. Die Sachverständigen sind hier wahre Beweismittel; sie dienen dazu, die Wahrheit einer streitigen Thatsache, deren Beweis einer Partei obliegt, herzustellen; sie erscheinen hier wie Zeugen; sie bedienen sich, wie die Zeugen, ihrer gesunden Sinne, ihrer kunstmäßig gewaffneten Sinne, um über das Dasein der streitigen Thatsache oder die Wahrheit der Behauptung zu entscheiden, obwohl immer noch Verschiedenheiten zwischen Zeugen und Sachverständigen existiren[73]). Hinsichtlich der Unfähigkeit und Verdächtigkeit der Sachverständigen entscheiden die von Zeugen geltenden Grundsätze. Hinsichtlich der Verbindlichkeit, sich als Sachverständiger vernehmen zu lassen, werden auch häufig die Regeln von Zeugen angewendet und es muß dies hier um so mehr für zweckmäßig erachtet werden, als die beweispflichtige Partei dann, wenn die benannten Sachverständigen ohne weiteres das Gut-

70) Zur Begründung dieser Befugniß beruft man sich auf die Analogie der L. 30. pr. D. (38. 1.), worin aber von einem ganz anderen Falle gehandelt wird.

71) L. 27. §. 3. D. (4. 8.) worauf man sich dafür, daß die niedrigste Angabe entscheide, beruft, handelt von dem Falle, wenn mehrere arbitri verschiedene Condemnationssummen aussprechen, und kann auf Taxatoren nicht bezogen werden.

72) Walther a. a. O. S. 293 flg. Dies ist auch die Lehre fast aller Processualisten. S. die Citate bei Walther a. a. O. S. 294, N. 144.

73) Mittermaier a. a. O. S. 121—123.

achten ablehnen könnten, leicht vermöge der präclusivischen Natur der Beweisfrist in die Lage kommen könnte, dieses Beweismittel zu verlieren[74]). Der durch Sachverständige zu führende Beweis ist von der beweispflichtigen Partei innerhalb der peremtorischen Beweisfrist anzutreten[75]). Die Beweisantretung geschieht dadurch, daß sie dem Richter erklärt, den Beweis durch Sachverständige führen zu wollen, welche sie zugleich zu benennen hat[76]), wenn sie es nicht vorzieht, dem Richter deren Wahl zu überlassen[77]). Die Zahl der zu benennenden Sachverständigen ist nicht bestimmt. Der Beweisführer hat den Gegenstand des abzugebenden Gutachtens, ingleichen die nöthigen Erörterungs- und Weisungspunkte anzugeben, auch auf die besonderen Grundsätze und Regeln, nach denen sich die Sachverständigen bei der Besichtigung und Begutachtung im fraglichen Falle seiner Intention nach zu richten haben, aufmerksam zu machen, z. B. bei Schätzungen auf besondere dafür erhebliche Eigenschaften, auf eine bestimmte Art

---

74) Dagegen nehmen Puchta a. a. O. S. 61, Schmid, Hdbch. Bd. II, S. 318 eine Verpflichtung zur Abgabe des verlangten Gutachtens nur bei öffentlich angestellten Sachverständigen und bei solchen an, welche vermöge ihrer Kunde von Verhältnissen, die nicht mehr, überhaupt oder in der hier erheblichen Weise, anderen vorgelegt werden können, nicht zu ersetzen sind, welche letztere als eigentliche Zeugen erscheinen.

75) Wenn Claproth, ordentl. Proc. §. 303, Gönner, Hdbch. Bd. II, S. 279, 434, diese Beweisfrist auf Sachverständige nicht für anwendbar halten, so ist dies hinsichtlich der eigentlichen Beweisführung durch Sachverständige unrichtig; nur von Amtswegen können Sachverständige nach Ablauf der Beweisfrist zugezogen werden. Gensler, im Archiv Bd. I, S. 39, N. *. Mittermaier ebd. Bd. II, S. 126, 133.

76) Bei öffentlich angestellten Sachverständigen kann die Benennung wegfallen, wenn man sie nicht ablehnen will. Linde, Civilproc. §. 297, N. 2. Zu den Acten gebrachte Gutachten Sachverständiger werden nach den Grundsätzen vom Urkundenbeweise beurtheilt; vollständig beweiskräftig sind sie nur, wenn sie von öffentlich angestellten Sachverständigen ausgestellt sind, weil es bei diesen besonderer Vereidung nicht bedarf.

77) Außer diesem Falle ist die Benennung der Sachverständigen lediglich Sache der beweispflichtigen Partei, so daß der Richter weder allein die Sachverständigen wählen, noch den von den Parteien benannten andere, und zwar in gleicher Zahl, wie jede Partei vorgeschlagen hat, hinzufügen darf. Mittermaier a. a. O. S. 126, 128. A. M. ist Gönner a. a. O. S. 439. Die für dieses letztere angebliche Recht des Richters angeführten Gründe, nämlich die Nothwendigkeit, dadurch die nöthige Unparteilichkeit und im Falle einer Collision Stimmenmehrheit herzustellen, vermögen dasselbe nicht zu begründen; denn wären die von den Parteien vorgeschlagenen Sachverständigen für parteiisch und nur der vom Richter ernannte für glaubwürdig zu achten, so wäre die Benennung von Seiten der Parteien überflüssig oder im Falle der Meinungsverschiedenheit würde nur die Aussage des vom Richter benannten Sachverständigen entscheiden. Der andere Grund entscheidet nicht, da Stimmenmehrheit nicht den Richter bindet. Mittermaier a. a. O. S. 128, 129. Eine feste Praxis hat sich darüber nicht gebildet. Denn während Mittermaier a. a. O. S. 128 behauptet, daß die bessere Praxis gegen das Wahlrecht des Richters sei, ist Puchta a. a. O. S. 64 der Meinung, daß nach der Praxis immer Ein Sachverständiger, aber nur Einer, vom Richter zu wählen sei.

und Zeit der Preisbestimmung u. s. f. Der Beweisführer bittet hierauf um Ansetzung eines Termines zu der etwa nothwendigen Vereidung und zu der etwa vor der Begutachtung nothwendigen Besichtigung, um Vorladung der Sachverständigen und des Gegners zum Termine, oder auch um bloße Benachrichtigung des Gegners vom Termine, mit der Vergünstigung für ihn, ebenfalls Sachverständige vorzuschlagen. Nach vorgängiger Prüfung der Beweisantretung, insbesondre rücksichtlich der Anwendbarkeit des Gutachtens der Sachverständigen in der fraglichen Sache überhaupt, legt der Richter entweder dem Producenten auf, die Beweisantretung, soweit es nöthig und noch zulässig ist, zu verbessern[78]), oder er verwirft dieselbe, oder er theilt sie dem Gegentheil zum Vorbringen seiner Einwendungen gegen die Beweisantretung, namentlich gegen die Erheblichkeit der Artikel, oder gegen die Person der benannten Sachverständigen und zur Angabe seiner eigenen Sachverständigen mit, erläßt auch die erforderlichen Ladungen an die Sachverständigen und die Parteien[79]). In Ansehung des Vorbringens der Einwendungen des Producten kommen die bei dem Zeugenbeweise geltenden Grundsätze zur Anwendung. Zunächst hat der Product seine Ausstellungen gegen die Wahrung der Beweisfrist vorzubringen, dann seine Einwendungen gegen die Beweisführung durch Sachverständige im allgemeinen, oder gegen die vorgeschlagenen Sachverständigen insbesondre[80]), sowie gegen die vom Beweisführer zur Instruirung der Sachverständigen eingereichten Punkte. Bei Einwendungen, welche so erheblich und liquid sind, daß sie sofort eine Verwerfung der ganzen Beweisantretung begründen können, kann sich der Product allerdings auf das Vorbringen dieser und die Bitte um Verwerfung der Beweisantretung beschränken; es ist aber wegen des Eventualprincipes und weil möglicherweise der Richter eine andere Ansicht hat, als der Product, rathsam, daß der letztere zugleich seine Ausstellungen gegen die einzelnen Sachverständigen, zumal wenn solche dieselben als gänzlich unfähig darzustellen bezwecken, vorbringt. Hat der Product gegen die Beweisantretung überhaupt nichts einzuwenden, so bringt er blos seine Einwendungen gegen die einzelnen Sachverständigen vor und kann daneben, gleichwie er bei den Zeugen zur Stellung von Fragstücken berechtigt ist, Punkte angeben, auf welche er die Sachverständigen noch besonders

---

78) Dies läßt sich jedoch nur nach gemeinem Processe rechtfertigen, nicht nach sächsischem, welchem ein derartiges Recht des Richters, den Beweisführer auf die Mängel seiner Beweisantretung aufmerksam zu machen und ihm die etwa nöthigen Verbesserungen aufzugeben, fremd ist.

79) Mittermaier a. a. O. S. 134. Schmid, Handbuch Bd. II, S. 320.

80) Was die Einwendungen gegen die Personen der Sachverständigen betrifft, so ist man hier nicht so streng, wie bei dem Zeugenbeweise und läßt solche noch im Hauptverfahren zu. Schneider, vom Beweis §. 584 a. E. Im sächsischen Processe wird auch beim Zeugenbeweise dasselbe beobachtet. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 109.

aufmerksam gemacht haben will[81]). Auch steht dem Producten, da er zur Gegenbeweisführung berechtigt ist, seinerseits die Benennung von Sachverständigen zu, was als eine anticipirte Gegenbeweisführung zu betrachten und um so zweckmäßiger ist, als dadurch an Zeit und Kosten erspart wird[82]). Hat der Product keine Sachverständigen benannt, so ist der Richter nicht berechtigt oder verpflichtet, es für ihn zu thun. Die Einwendungen gegen die Beweisantretung hat der Richter zu prüfen und nach dem Ergebniß der Prüfung die Beweisantretung oder die Einwendungen zu verwerfen, oder die weitere Ausführung letzterer vorzubehalten. Ueber die vom Producten behauptete Unfähigkeit eines Sachverständigen ist, nachdem der Producent darüber gehört worden, zu erkennen; wird der Sachverständige verworfen, so kann der Producent während noch laufender Beweisfrist einen anderen an dessen Stelle benennen; nach Ablauf der Beweisfrist nicht. Blos als verdächtig angefochtene Sachverständige werden vorläufig, mit Vorbehalt der Einreden, wie ein verdächtiger Zeuge, abgehört[83]), außer wenn der Producent noch vor dem Ablauf der Beweisfrist dem Verdächtigen einen anderen substituirt[84]). Das Verfahren in Ansehung der vom Producten benannten Sachverständigen ist dasselbe, wie bei denen des Producenten. Nachdem der Richter hierauf die beiderseits eingereichten Erörterungs- und Weisungspunkte geprüft, die unzulässigen zurückgewiesen hat, wird die von ihm aus den übrigen unter Hinzufügung dessen, was er zur Erläuterung für nöthig hält, entworfene Instruction für die Sachverständigen den Parteien zum Vorbringen ihrer Einwen-

81) Mittermaier a. a. O. S. 134.

82) Denn wenn auch diese Gegenbeweissachverständigen erst nach Vernehmung der Beweissachverständigen eigentlich vernommen werden sollten, so werden sie doch, da ihre Beobachtung denselben Gegenstand betrifft, zu demselben Termine mit den letzteren zugezogen und man läßt sie mit diesen zusammen beobachten. Mittermaier a. a. O. S. 128. Aus dem Princip der Parteigleichheit kann man das Recht des Producten, seinerseits Sachverständige zu benennen, allerdings insofern ableiten, als aus demselben Princip das Recht der Gegenbeweisführung folgt; keinesweges darf man aber daraus mit Puchta a. a. O. S. 61 ableiten, daß der Product hinsichtlich der Zahl der von ihm vorzuschlagenden Sachverständigen auf die Zahl der vom Producenten benannten beschränkt sei, eine Beschränkung, welche ebensowenig bei dem Zeugenbeweise stattfindet. Nur bei Taxationen ist diese Beschränkung anzunehmen. Die von Martin, Civilproc. §. 220 zwischen dem Rechte des Producten zur Benennung von Sachverständigen und dem Rechte desselben zur Stellung von Fragstücken angenommene Analogie ist nicht vorhanden, da der Grund und Zweck beider Befugnisse ein ganz verschiedener ist. Mittermaier a. a. O. S. 127.

83) Mittermaier a. a. O. S. 132.

84) Die Möglichkeit, andere Sachverständige aufzubringen, wodurch Claproth, ordentl. Proc. Bd. II, S. 306, Gönner, Hdbch. Bd. II, S. 442, die Zulässigkeit der Verwerfung Sachverständiger wegen bloßen Verdachtes motiviren, setzt voraus, daß die Beweisfrist noch nicht verstrichen ist; selbst nach Ablauf dieser Frist könnte dem Producenten nicht das Recht entzogen werden, eines statthaften, obschon weniger beweiskräftigen, Beweismittels sich zu bedienen. Schmid, Hdbch. Bd. II, S. 322, N. 8.

dungen mitgetheilt[85]). Nach endlicher Erledigung derselben wird entweder der Termin zur Beweisaufnahme, wenn er nicht schon vorher angesetzt war, anberaumt, oder der schon vorher anberaumte hinausgesetzt, unter Vorladung der Sachverständigen und der Parteien dazu. Im Productionstermine erfolgt zuerst die Vereidung der erschienenen Sachverständigen in Gegenwart der Parteien, welche Beeidigung jedoch bei den öffentlich angestellten und als solchen verpflichteten Sachverständigen unterbleibt, bei denen Hinweisung auf ihre geleistete Pflicht genügt. Sollen die Sachverständigen neben ihrem Gutachten auch sinnlich wahrnehmbare Thatsachen bezeugen, so ist die Vereidung auch hierauf mit zu richten[86]). Gegen ungehorsame Sachverständige wird, insofern ein Zwang gegen sie zulässig ist (s. oben), wie gegen ungehorsame Zeugen verfahren. Die erschienenen Sachverständigen erhalten nun ihre Instruction und werden zu der etwa nothwendigen Beobachtung veranlaßt, die in Gegenwart der Parteien vorzunehmen ist, wenn nicht besondere Gründe deren Anwesenheit, selbst die des Richters, unpassend erscheinen lassen[87]). Hinsichtlich der Beredung der Sachverständigen unter einander und mit den Parteien, der zur Abgabe des Gutachtens etwa einzuräumenden Bedenkzeit, der Unterstützung des Gutachtens mit Gründen, der Art der Abgabe des Gutachtens, der Nichtauferlegung des Stillschweigens gelten die vorher aufgestellten Grundsätze. Ebenso wird hinsichtlich des Verfahrens bei Schätzungen und der Ermittelung des Resultates aus den verschiedenen Werthsangaben der Taxatoren auf die früheren Bemerkungen verwiesen. Das zu den Acten gekommene Gutachten muß den Parteien, gleich den Zeugenaussagen bei dem Zeugenbeweise, zur Beweisanfechtung und Ausführung, wozu zugleich peremtorische Fristen zu bestimmen sind, mitgetheilt werden[88]). Zur Ergänzung oder Erklärung eines nach Prüfung des Richters oder der Parteien unvollständig oder dunkel befundenen Gutachtens sind die Sachverständigen zu veranlassen. Ob, wenn das an sich vollständige und klare Gutachten den zu beweisenden Thatumstand für nicht so gewiß erklärt, daß dessen Beweis als vollständig hergestellt zu betrachten ist, ein nothwendiger Eid zugelassen werden könne oder nicht, darüber sind die Meinungen getheilt[89]). Die Frage ist, wo der Sach-

---

85) Martin a. a. O. §. 220. Schneider a. a. O. §. 572. Claproth a. a. O. §. 305. Schmid a. a. O. S. 322.

86) Linde, Civilproc. §. 297, N. 4.

87) Mittermaier a. a. O. S. 134. Schneider a. a. O. §. 571. Gönner, Motive zum Entw. eines Gesetzb. S. 421. Ein solcher Grund ist die Schamhaftigkeit, wenn eine Frauensperson wegen Schwangerschaft oder Entbindung untersucht werden soll.

88) Mittermaier a. a. O. S. 135.

89) Verneint wird es von Claproth a. a. O. §. 316; bejaht von Gönner, Hdbch. Bd. II, S. 460. Walther, im Archiv Bd. XXVI, S. 294. Danz, ordentl. Proc. §. 357 läßt in der Regel einen Nothеid nicht zu, obwohl er §. 338 bei der Schriftenvergleichung solchen ohne Ausnahme für zulässig

verständige als gemeiner Zeuge erscheint, unbedingt zu bejahen. Bei begutachtenden Sachverständigen ist zu unterscheiden: a) es kommt auf die Bestärkung oder Entkräftung thatsächlicher Erscheinungen an, welche der Sachverständige zwar für wahrscheinliche Erfolge gewisser Umstände angenommen hat, ohne sie jedoch schlechthin für nothwendig zu erklären; hier ist ein nothwendiger Eid erheblich und zulässig, weil die Partei von Thatsachen möglicherweise Kenntniß haben kann, welche die Annahme der Sachverständigen unterstützen oder schwächen; b) handelt es sich aber von einem aus unbestrittenen factischen Verhältnissen nach technischen Regeln gefolgerten Urtheile, so kann eine eidliche Bestärkung der entgegengesetzten Behauptung deshalb nicht eintreten, weil das Wahre oder Falsche hier außer dem Kreise der Erkenntniß der Partei liegt; der Richter hat hier vielmehr durch Zuziehung anderer Sachverständiger seine schwankende Ueberzeugung zur Gewißheit zu erheben [90]). Ueberhaupt scheint die Frage, ob ein nothwendiger Eid zulässig sei, nur bei der eigentlichen Beweisführung durch Sachverständige erheblich zu sein; zwar wird auch bei der Zuziehung Sachverständiger von Amtswegen ein Notheid für zulässig erachtet [91]), wenn nach abgegebenem Gutachten nothwendigerweise zu beseitigende Ungewißheiten vorliegen, welche auf andere Weise nicht entfernt werden können, z. B. bei Schriftenvergleichungen; allein hier, wo die Sachverständigen als Gehilfen des Richters erscheinen, scheint ein Notheid hinsichtlich einer Thatsache, die nur durch technische Kenntnisse zu constatiren ist, ebensowenig zugelassen werden zu können, als ein Notheid über die Rechtsfrage, so daß zur Entfernung der Ungewißheit nur Begutachtung durch andere Sachverständige übrig bleibt. Collidiren Sachverständige mit anderen Beweismitteln, so gehen bei Beurtheilung der Eigenschaften einer Sache erstere unbedingt vor; ist Beweis historischer Thatsachen in Frage, so haben letztere den Vorzug [92]), wenn nicht die Sachverständigen selbst als Zeugen vereidet sind [93]). Ueber die Collision mehrerer abgegebener Gutachten miteinander ist oben das Nöthige bemerkt worden. 5) Verantwortlichkeit der im Civilprocesse zugezogenen Fachkundigen [94]). In den Digesten [95]) wird ausführlich von der Haftungspflicht der Agrimensoren gehandelt [96]) und die darüber aufgestellten Grundsätze hat man schon zu den Zeiten der römischen

---

erklärt. Am richtigsten beantwortet die Frage Puchta, im Archiv Bd. III, S. 68 flg.

90) Gensler, im Archiv Bd. I, S. 52, N. **.

91) Walther a. a. O. S. 294.

92) L. 16. pr. C. (IV, 21.) (nicht glossirt). Nov. 73. c. 1. 4.

93) Gensler, im Archiv für civil. Prax. Bd. IV, S. 283.

94) Walther a. a. O. S. 289—292.

95) Tit. Dig. Si mensor falsum modum dixerit. (11. 6.)

96) Vgl. den Artikel: Actio in factum adversus agrimensores Bd. I, S. 78 flg.

Juristen auf Calculatoren und Architekten ausgedehnt[97]). Da die Grundsätze des römischen Rechtes schon früher dargestellt worden sind[98]), so bleibt hier nur noch die Frage zu beantworten übrig, ob diese Grundsätze auf alle im Civilprocesse vorkommenden Kunst- und Sachverständigen Anwendung leiden[99]). Für eine unbedingte Anwendung des römischen Rechtes auf alle Sachverständigen scheint der Umstand zu entscheiden, daß es an anderen Normen dafür ganz fehlt. Dagegen spricht, daß die Haftung der Agrimensoren für bloßen dolus und culpa lata in eigenthümlichen Ansichten der Römer ihren Grund hat, während umgekehrt der Arzt, weil seine Geschäfte als operae illiberales angesehen wurden, viel größere Verantwortlichkeit hat[100]). Es muß zwischen Sachverständigen, welche nach vorgängiger bestandener Prüfung von Seiten des Staates zu Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft ausdrücklich autorisirt werden, und anderen Sachverständigen unterschieden werden. Bei den ersteren ist eine Haftung auch für geringe Versehen anzunehmen, weil sie durch die Autorisation von Seiten des Staates infolge bestandener gesetzlicher Prüfung als vollständig befähigte Sachverständige erscheinen, deren Haftung blos für dolus und culpa lata mit der öffentlichen Autorisation in Widerspruch stehen würde. Namentlich ist dies bei öffentlich angestellten und als Beamten anzusehenden Sachverständigen der Fall, deren Gutachten nach Landesgesetzen oft sogar eingeholt werden muß, besonders wenn der Richter von Amtswegen ein Gutachten nöthig hat, z. B. bei den Gerichtsärzten. Nur wenn das Gutachten eines solchen Sachverständigen eine Frage betrifft, welche selbst nach den Grundsätzen seiner Kunst oder Wissenschaft streitig ist, ist eine mildere Beurtheilung der Sachverständigen zulässig. Bei anderen Sachverständigen dagegen sind die Grundsätze des römischen Rechtes über die Verantwortlichkeit der Agrimensoren vollständig anwendbar.

Heimbach sen.

Sacramente — Sacramentalien. Sacramentum[1]) bedeutet ursprünglich so viel als Weihe, Zueignung, Zusicherung, insbesondre sponsio, pignus sponsionis. Die alte Kirche behielt den profanen Sprachgebrauch bei und bediente sich des Ausdruckes für die

97) L. 7. §. 3. 4. D. (11. 6.)

98) Vgl. den ang. Artikel.

99) Bejaht wird es schlechthin von Walther a. a. O. S. 290; verneint dagegen von Globig, Vers. einer Theorie der Wahrscheinlichkeit S. 217, welcher im Gegentheil behauptet, daß der Sachverständige die geringste Nachlässigkeit zu vertreten habe.

100) L. 7. §. 8. D. (9. 2.) Er haftet daher auch bei ungeschickter Behandlung ex locato.

1) Vgl. Hahn, Sacrament im Sinne der alten Kirche, in den von ihm herausgegebenen theologisch-kirchlichen Annalen, Breslau 1842, Bd. I, Heft II, S. 77 flg. Heft III, S. 157 flg. Val. Gröne, Sacramentum oder Begriff und Bedeutung von Sacrament in der alten Kirche bis zur Scholastik, Brilon 1853.

Verpflichtung der Christen (milites Dei, Christi) gegen ihren Herrn, insbesondre durch die Taufe, daher die Tauffomel selbst sacramentum genannt wurde [2]; sie modificirte und erweiterte aber die Bedeutung durch die Gleichstellung mit *μυστήριον* im Sinne von *ἅγιον*, *ἱερόν*, sacrum, was um so mehr geschehen konnte, als das in der Septuaginta und im neuen Testamente gebrauchte Wort *μυστήριον* durch sacramentum schon in der ältesten Zeit übersetzt wurde. Der griechische Ausdruck deutet zunächst auf das Verborgene und Unaussprechliche, das mit dem Geiste begriffen werden muß, das aber auch in die Sichtbarkeit tritt und sich vorzugsweise in Symbolen darstellt. Darnach bezeichnet es göttliche Rathschlüsse und Lehren sowie Thatsachen, welche aus denselben hervorgehen. Der göttliche Plan der Erlösung, die Menschwerdung Christi heißt daher mysterium [3], ebenso die ganze Lehre Christi, das Evangelium [4]. Jeder heilige Gegenstand sowie jede heilige Handlung erhielt darnach auch die Bezeichnung mysterium oder sacramentum. Tertullian († 220) unterschied bereits die wesentlichen Bestandtheile solcher in der Kirche vollzogenen Handlungen, nämlich den Actus, der auf göttliche Anordnung vollzogen wird und die Wirkung, welche durch göttliche Gnade darauf folgt [5]. Die späteren Schriftsteller, insbesondre Augustin, bestimmten den Begriff genauer. Der Letztere erklärt die Sacramente für: signacula quidem rerum divinarum visibilia, in quibus res ipsae invisibiles honorantur [6]. Darauf beruht die Begriffsbestimmung: s a c r a m e n t u m e s t i n v i s i b i l i s g r a t i a e v i s i b i l i s f o r m a [7], welche man späterhin gewissermaßen als Legaldefinition beibehalten hat [8].

Es kann nicht auffallen, daß einem so allgemein gefaßten Begriffe zu verschiedener Zeit bald weniger bald mehr Handlungen subsumirt wurden. Schon die ältesten kirchlichen Schriftsteller rechnen dazu die Taufe und das heilige Abendmahl, welche sie vorzugsweise sacramenta divina, Dei, Christi nennen. Indem man bei diesen verschiedene Momente in einer gewissen Selbstständigkeit auffaßte, brauchte man für diese selbst den Ausdruck sacramentum und nannte die Taufe und die

---

2) Tertullian, de corona militis cap. 11, de idololatria cap. 6. 19 u. a.

3) I. Tim. III, 16.

4) I. Cor. II, 7. Coloss. IV, 3.

5) Tertullian, de baptismo cap. 4, adversus Marcionem I, 28 u. a. Vgl. Illgen, Zeitschrift für die historische Theologie 1838 Bd. II, H. II, S. 24 flg. Hahn (Anm. 1) a. a. O. S. 181 flg.

6) De catechizandis rudibus cap. 26, worauf auch die Correctores Romani zum c. 32. dist. II. de consecr. verweisen (es ist aber daselbst salis für sane zu lesen), vgl. sermo 272. c. 58. §. 2. dist. II. de consecr. Ista ideo dicuntur sacramenta, quia in eis aliud videtur, aliud intelligitur. Quod videtur speciem habet corporalem: quod intelligitur, fructum habet spiritualem.

7) De civitate Dei lib. X. cap. 5. Contra Faustum Manichaeum lib. XIX. cap. 16.

8) C. 32. dist. II. de consecr. — Catechismus Conc. Trident. P. II. cap. 1. qu. 5.

dazu gehörige Handauflegung utrumque sacramentum [9]), eben so auch corpus et sanguis Domini [10]). Für die Ehe wurde die Ansicht der Montanisten schon entscheidend, daher Tertullian sie als sacramentum bezeichnet [11]). Die Priesterweihe erscheint unter diesem Ausdruck bei Augustin [12]). In der dem Dionysius Areopagita beigelegten Schrift de ecclesiastica hierarchia, aus dem sechsten Jahrhundert, werden sechs religiöse Handlungen als Sacramente bezeichnet: Taufe, Abendmahl, Salbung, Priesterweihe, Mönchsstand, Begräbniß [13]). Gregor I. († 603) kennt nur drei Sacramente: Taufe, Salbung (chrisma), Abendmahl [14]). Das eilfte Concil von Toledo von 675 gedenkt nur der: baptizandi consignandique fideles, collatio chrismatis, promotiones graduum [15]). Rhabanus Maurus († 856) führt als eigentliche Sacramente nur an: baptismum et chrisma, corpus et sanguis Domini, quae ob id sacramenta dicuntur, quia sub tegumento corporalium rerum virtus divina secretus salutem eorundem sacramentorum (ope) operatur: unde et a secretis virtutibus vel sacris sacramenta dicuntur [16]). Das heilige Abendmahl betrachtet er als ein doppeltes Sacrament: de residuis quoque duobus sacramentis, hoc est corpore et sanguine Domini [17]). Um dieselbe Zeit nennt Paschasius Radbertus († 866) nur Taufe und Leib und Blut des Herrn [18]). Dagegen statuirt Petrus Damiani († 1072) sogar zwölf Sacramente [19]). Erst im zwölften Jahrhundert kam es zu einer festeren Bestimmung des Sacramentsbegriffes und dann auch zu einer Begrenzung der Zahl der Sacramente. Die allgemeinere Bedeutung findet sich noch bei Godefridus Abbas Vindocinensis († nach 1129): Annulus et virga, quando ab illis dantur a quibus dari debent, sacramenta ecclesiae sunt, sicut sal et aqua, oleum et chrisma, et quaedam alia, sine quibus hominum et ecclesiarum consecrationes fieri non possunt. Als die bedeutenderen Sacramente zeichnet er aus: baptismum, confirmationem, infirmorum unctionem, corporis et sanguinis Domini perceptionem [20]). Der erste, dem gewöhnlich die Siebenzahl in den Mund gelegt wird, ist Otto Bischof von Bamberg, welcher bei der Bekehrung der Pommern 1124

9) Cyprian epist. 72. 73.

10) Münscher, christliche Dogmengeschichte Bd. II, Abth. I, S. 185 flg. f. Anm. 17.

11) De monogamia cap. 5. adv. Valentin. cap. 30 u. a.

12) Contra epistolam Parmeniani II. 12. §. 28., verb. II. 13. (c. 97. Can. I. qu. I.). Adversus literas Petiliani II. 22. (c. 87. Can. I. qu. I.) u. a.

13) Opera I. 229.

14) C. 84. §. 3. Can. I. qu. I.

15) C. 101. Can. I. qu I.

16) De institut. clericorum lib. I. cap. 24.

17) Opera (ed. Colon. 1626) I. 100. VI. 8 sq. 51 sq. 69 sq.

18) De coena Domini cap. 3.

19) Sermo 69 (Neander, Kirchengeschichte IV, 253).

20) De ordinatione episcoporum (Bibliotheca Patrum maxima Tom. XXI. Fol. 60.) Opuscul. VIII. (l. c. Fol. 64).

die sieben Sacramente empfahl und zu rechtfertigen suchte[21]). Der Bericht des Biographen Sefred über Otto gehört aber erst der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts an. Noch Hugo a S. Victore († 1140) unterscheidet drei Arten von Sacramenten, solche: in quibus principaliter salus constat et percipitur: sicut aqua baptismatis et perceptio corporis et sanguinis Christi; solche: quae etsi necessaria non sunt ad salutem ... proficiunt tamen ad sanctificationem ... ut aqua aspersionis et susceptio cineris et similia; solche: quae ceteris sacramentis sanctificandis et iustificandis necessaria sunt ... und rechnet dahin das sacramentum ordinis et dedicationis ecclesiae[22]). Erst durch Petrus Lombardus († 1164) wurde die Doctrin von sieben Sacramenten befestigt in seiner Summa sententiarum[23]), womit auch Gratian[24]) und die späteren Kirchenlehrer übereinstimmten[25]). Die Nothwendigkeit der Anerkennung der darüber von der römischen Kirche aufgestellten Festsetzung declarirte schon Lucius III. auf der Synode zu Verona im Jahre 1185[26]). Während aber dieser Kanon noch der Zahl nicht ausdrücklich gedenkt, geschieht dies durch Eugenius IV. auf dem Concil zu Florenz 1439[27]) und vorzüglich noch im Tridentinum[28]): Si quis dixerit, sacramenta novae legis non fuisse omnia a Iesu Christo Domino Nostro instituta, aut esse plura aut pauciora quam septem, videlicet baptismum, eucharistiam, poenitentiam, extremam unctionem, ordinem et matrimonium, aut etiam aliquod horum septem non esse vere ac proprie sacramentum, anathema sit. Die Kirchen des Orients stimmen darin mit der römischen überein. Zur Rechtfertigung dieser Zahl und zur Beseitigung des Einwandes, welcher aus den früheren Zeugnissen hergenommen wird, erklären die römischen Schriftsteller, daß in jenen Stellen nicht die wirklich vorhandene Zahl angeführt worden, da dies nicht in der Absicht derselben gelegen[29]). Der Tridentinische Katechismus rechtfertigt insbesondre die angenommenen sieben Sacramente aus einer Uebertragung der Verhältnisse des natürlichen Lebens auf das

---

21) Vita Ottonis, öfter gedruckt, insbesondre auch bei Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. III. Fol. 302 sq.

22) Lib. de sacramentis I. P. IX. c. 2. 7. II. P. III. sq.

23) Lib. IV. dist. 1—42.

24) Dist. II. sq. de consecr.

25) Gieseler, Lehrbuch der Kirchengeschichte B. II, Abth. II, §. 77. Vgl. Steitz, das römische Bußsacrament, Frankfurt a. M. 1854, §. 41.

26) C. 9. X. de haereticis (V. 7.)

27) Decr. pro instructione Armenorum (Harduin, Coll. Conciliorum Tom. IX. Fol. 433 sq.).

28) Sessio VII de sacramentis can. 1.

29) M. s. deshalb z. B. Fr. Io. Maria Brasichellen im Index librorum expurgandorum Tom. I. (Romae 1607 8) p. 220, welcher über Paschasius Radbertus (Anm. 18 cit.) äußert: Ex septem sacramentis tria tantum hoc loco enumerat Paschasius, exempli dumtaxat causa, neque enim ex professo agit de numero sacramentorum, sed ad institutum satis ei erat aliqua sacramenta commemorasse. S. Bellarmin, de sacram. lib. II. c. 27.

geistige. Der Geburt, dem Wachsthum, der Ernährung, der Heilung von Krankheit, der Wiederherstellung der Kräfte, der geordneten amtlichen Verwaltung, der Fortpflanzung entsprechen die einzelnen Sacramente [30]).

Viel mehr Schwierigkeit machte es der Kirche, für die einzelnen Sacramente die zum Begriffe des Sacramentes gehörigen Bestandtheile nachzuweisen, und es war dies nur dadurch möglich, daß man sich zu gewissen Eintheilungen und Modificationen bequemte. Namentlich war dies hinsichtlich der beim Sacramente erforderlichen gratia der Fall. Nachdem schon Petrus Lombardus zwischen den Sacramenten unterschieden hatte, welche ein Mittel gegen die Sünde darbieten und zugleich unterstützende Gnade verleihen, wie die Taufe, und denen, bei welchen nur das Erste der Fall ist (in remedium tantum sunt), wie die Ehe; fanden sich doch noch immer Bedenken, so daß, weil die eigentliche Gnade fehle, die Sacramentalität geradezu geleugnet wurde. So bei der Ehe [31]), bei der Beichte und Buße u. a. Die ganze Lehre ist erst allmälig ausgebildet und zum Abschlusse geführt worden.

Der Begriff des Sacramentes ist im Wesentlichen so festgehalten, wie ihn Augustin bereits bestimmt hatte (s. oben Anm. 7, 8), das sichtbare Zeichen der unsichtbaren Gnade. Es gehört deshalb zum Sacrament das signum visibile, forma, sacramentum im engeren Sinne und die gratia invisibilis, res sacramenti, res sacra. So unterscheidet schon Augustin, welcher die Bedeutung der einzelnen Bestandtheile selbst genauer charakterisirt. Das signum enthält nämlich ein Zweifaches, das mit den Sinnen wahrnehmbare Object (species quae sensibus percipitur), den Stoff (elementum) und die darin enthaltene durch Einsicht zu erkennende Natur des Gegenstandes. Er erklärt: Signum est res praeter speciem, quam ingerit sensibus, aliud aliquid ex se faciens in cognitionem venire [32]). Er drückt sich auch so aus, indem er in signum das elementum und verbum sondert: Detrahe verbum et quid est aqua nisi aqua? accedit verbum ad elementum et fit sacramentum [33]). Daran schließt sich die göttliche Gnade, welche aus dem Glauben folgt: denn, fährt er fort: Unde ista tanta virtus aquae, ut corpus tangat et non abluat, nisi faciente verbo? non quia dicitur, sed quia creditur. Seit dem dreizehnten Jahrhundert wurde dafür die aus der aristotelischen Philoso entlehnte Unterscheidung der Gegenstände nach Inhalt und Form genommen; materia ist das frühere elementum, forma ist verbum [34]). Die Kirche hat diese Auffassung

30) Catech. Trident. Pars II. cap. I. qu. XV.

31) Vgl. den Art. Ehe Bd. III, S. 530, 531.

32) Augustin., de doctrina Christiana lib. II. cap. 1, in cap. 33. dist. II. de consecr.

33) Augustin. tractatus LXXX ad c. 15. Ev. Ioann. (c. 412), sermo de cataclysmo c. 3. (c. 429), in c. 54. Can. I. qu. I.

34) Es findet sich diese Distinction schon bei Guilielmus Antiisidorensis (von

später förmlich sanctionirt, denn es äußert sich darüber Eugen IV. auf der Synode zu Florenz [35]): Haec omnia sacramenta tribus perficiuntur, videlicet rebus tanquam materia, verbis tanquam forma, et persona ministri conferentis sacramentum cum intentione faciendi quod facit ecclesia; quorum si aliquid desit non perficitur sacramentum. Das Tridentinische Concil bestätigt sie in der besonderen Anwendung [36]) und allgemeiner auch der Tridentinische Katechismus [37]). Manche Kanonisten unterscheiden, im Anschlusse an das cap. un. X. de sacra unctione (I. 15.) und das cap. 6. X. de celebratione missarum (III. 41.) noch in anderer Weise, nämlich 1) sacramentum tantum, signans, quod significat et non significatur ab alio signo; 2) res, signatum tantum, quod significatur et non significat; 3) sacramentum et res, signans et signatum, also die Handlung, die Gnade und deren Vereinigung zur vollen Wirksamkeit des Sacramentes [38]).

Was nun die einzelnen Bestandtheile betrifft, so ist die Materie theils die elementarische Substanz (materia remota), theils die sich darauf beziehende Handlung (materia proxima). Beides läßt sich jedoch nicht immer genau unterscheiden oder es fehlt die materia remota geradezu, wie bei dem Sacrament der Buße, wo die Reue, Beichte und Genugthuung des Pönitenten die Materie bilden.

Die Form besteht in den bei der Handlung zu brauchenden Worten des Ministrirenden, welche mit der Materie in einem nothwendigen Zusammenhange stehen müssen. Diesen Zusammenhang sichtbar zu machen, ist Sache des Ministers. Der eigentliche Spender des Sacramentes ist Gott durch Christus im heiligen Geiste, es kann daher bei dem die heilige Handlung vollziehenden Menschen nur darauf ankommen, daß er die Befugniß, resp. Verpflichtung, habe, zu verwalten und daß ihm die Absicht (Intention) nicht fehlt, gerade diesen Act vorzunehmen. Daß er diese Absicht habe, muß aus dem äußeren Verhalten, der Vollziehung selbst erschlossen werden, so daß auf die innere Gesinnung dabei nicht weiter Rücksicht genommen werden darf und die Handlung selbst böser Minister für giltig und wirksam zu halten ist. Nach Widerlegung und Verwerfung entgegengesetzter Ansichten hat die römische Kirche diese Grundsätze zu wiederholten Malen bestätigt. Das Tridentinische Concil erklärt darüber in der Sessio VII de sacramentis can. XI: Si quis dixerit, in ministris, dum sacramenta conficiunt et conferunt, non requiri intentionem saltem faciendi, quod facit ecclesia:

Auxerre) noch 1215 (Morinus, de sacram. ordinationis P. III. exerc. I. c. 3. n. 6.) Innocenz III. bedient sich noch 1206 der älteren von elementum et verbum, in c. 5. X. de baptismo (III. 42).

35) Sess. ult. §. 5.

36) Sess. XIV. c. 3. de poenit. eod. c. 1—3. de sacr. extremae unctionis u. a.

37) P. II. cap. I. qu. X. XVIII.

38) Vgl. die Glosse zu den cit. Stellen, Gonzalez Tellez zum c. un. X. cit. I. 15.

anathema sit. can. XII. Si quis dixerit, ministrum in peccato mortali existentem, modo omnia essentialia, quae ad sacramentum conficiendum aut conferendum pertinent, servaverit, non conficere aut conferre sacramentum: anathema sit. Durch die Bestimmung des can. X: Si quis dixerit, christianos omnes in verbo et omnibus sacramentis administrandis habere potestatem, anathema sit, ist aber nicht ausgeschlossen, daß im Nothfalle die Taufe auch von Laien, ja selbst Nichtchristen vollzogen werden könne (s. unten), noch weniger ist dadurch die Frage über den Minister der Ehe entschieden.

Die Wirkung des Sacramentes ist die göttliche Gnade, welche theils eine allen gemeinsame, theils einigen besonders verliehen ist. Die Kirche hat sich darüber sehr bestimmt ausgesprochen, namentlich die Synode von Florenz, welche den Unterschied der Sacramente des alten Bundes von denen des neuen gerade darin findet, daß jene nicht die Gnade erwirkten (illa non causabant gratiam, sed eam solam per passionem Christi dandam esse figurabant), diese aber sie enthalten und verleihen (haec vero nostra et continent gratiam et ipsam digne suscipientibus conferunt) [39]. Darauf declarirt das Tridentinische Concil Sessio VII. de sacram. can. VI: Si quis dixerit, sacramenta novae legis non continere gratiam, quam significant, aut gratiam ipsam non ponentibus obicem non conferre, quasi signa tantum externa sint acceptae per fidem gratiae vel iustitiae et notae quaedam christianae professionis, quibus apud homines discernuntur fideles ab infidelibus, anathema sit, und can. VII: Si quis dixerit, non dari gratiam per huiusmodi sacramenta semper et omnibus, quantum est ex parte Dei, etiamsi rite ea suscipiant, sed aliquando et aliquibus, anathema sit. Diese allgemeine Gnade rechtfertigt den sündhaften Menschen vor Gott, indem sie ihm vom geistigen Tode zum geistigen Leben hilft, durch die Taufe und Buße, die deshalb Sacramente der Todten (sacramenta mortuorum) genannt werden, im Unterschiede von den Sacramenten der Lebenden (sacramenta vivorum), welche das bereits vorhandene geistige Leben kräftigen. Dies ist bei den fünf anderen Sacramenten der Fall [40]. Manche Sacramente werden nur einmal ertheilt, manche können wiederholt werden (sacramenta non iterabilia, characteristica — s. iterabilia, non characteristica). Jene, die Taufe, Firmung und Ordination des Priesters wirken einen unauslöschlichen Charakter (character indelebilis) in der Seele des Empfängers und können deshalb nicht nochmals an ihm vollzogen werden. Auch darüber hat, nach dem Vorgange älterer Kirchenlehrer, die Synode zu Florenz und zu Trient entschieden, indem es namentlich in der letzteren sess. VII. de sacram. can. IX heißt: Si quis dixerit, in tribus sacramentis, baptismo scilicet, confirmatione et ordine non im-

39) In der cit. Stelle des Decrets des Eugenius.
40) Ferraris, bibliotheca canonica s. v. sacramentum. Art. I. nr. 7. 8.

primi characterem in anima, hoc est signum quoddam spirituale et indelebile, unde ea iterari non possint, anathema sit[41]). Dadurch wird indessen eine bedingte Wiederholung nicht ausgeschlossen, nämlich für den Fall des Zweifels, ob das Sacrament bereits vollzogen sei[42]).

Was die Person des Empfängers eines Sacramentes betrifft, so ist, abgesehen von den besonderen Bedingungen, die aus dem Wesen jedes einzelnen Sacramentes sich ergeben (s. unten), im allgemeinen nur vorauszusetzen, daß nicht etwa zur Strafe der Genuß, resp. die Ertheilung des Sacramentes untersagt ist[43]). Sonst fordert die Kirche nur, daß, da die Sacramente vermöge ihrer eigenen göttlichen Kraft, nach der Macht und Einsetzung Christi, ex opere operato wirken, der Empfänger dieser Wirksamkeit kein Hinderniß, obex, entgegenstelle. Die oben mitgetheilte Stelle des Tridentinums can. VI spricht dies aus, in Verbindung mit can. VIII: Si quis dixerit, per ipsa novae legis sacramenta ex opere operato non conferri gratiam, sed solam fidem divinae promissionis ad gratiam consequendam sufficere, anathema sit. Von Seiten des Empfangenden ist die Abwesenheit einer den Empfang (quoad substantiam) des Sacramentes schlechthin negirenden, abweisenden Intention, keineswegs aber die Abwesenheit jeder in Bezug auf die Weise und Absicht des Empfanges mangelhaften Intention erforderlich. Der absolut nicht Wollende empfängt das Sacrament nicht, wohl aber der hypothetisch, nämlich hier, jetzt, so, von diesem, nicht Wollende. Die intentio contraria sacramento hebt das Sacrament auf, nicht so die intentio contraria dispositioni sacramenti[43]); ebenso und darum hebt auch die fictio intentionis das Sacrament auf, nicht so die fictio dispositionis[44]). Es ist also die Receptivität des Empfängers erforderlich, erkennbar in der voluntas, fides, poenitentia[45]).

Es ist dieses der Punkt, an welchem sich der Unterschied der evangelischen von der römisch-katholischen Auffassung besonders herausstellt, und von dem aus die übrigen Differenzen in der Lehre von den Sacramenten in beiden Kirchen sich entwickeln. Die einzelnen aus dem Tridentinum mitgetheilten Canones sind auch der Ausdruck der Differenz und des Gegensatzes, gerichtet gegen die symbolischen Bestimmungen der Evangelischen[46]). Während in der römisch-katholischen Kirche das

---

41) Vgl. Catech. Trident. P. II. cap. I. qu. XXIV. XXV.

42) S. c. 2. X. de baptismo (III. 42.) Alexander III. Tit. X. de sacramentis non iterandis I. 16.

43) C. 3. X. de baptismo (III. 42.) Innocent. III.

44) Klee, katholische Dogmatik, Mainz 1835, B. III, S. 92.

45) Vgl. Con. Trident. sess. XIV. c. 4. in fin. de poenit. Vgl. Bellarmin, de sacramentis lib. II. cap. 1.

46) Ueber das Verhältniß beider Kirchen in dieser Materie vgl. man besonders Möhler, Symbolik Buch I, Cap. IV. Baur, der Gegensatz des Katholicismus und Protestantismus nach den Principien und Hauptdogmen der beiden Lehrbegriffe. Mit bes. Rücksicht auf Möhler's Symbolik (2. Aufl. Tüb.

Heil davon abhängig gemacht wird, daß der Christ ihr selbst, der Kirche, sich im gläubigen Gehorsam unterwirft, während so auch die Wirksamkeit des gnadenreichen Sacramentes davon abhängt, daß man der Mittheilung desselben durch die Kirche kein Hinderniß (obex) entgegenstellt, wird in der evangelischen Kirche die Unterwerfung unter den Herrn selbst als das Entscheidende betrachtet, so daß allein der Glaube an Gottes Gnade in Christo beim Empfange des Sacramentes vor Gott rechtfertigen kann. So heißt es in der Augsburgischen Confession Art. XIII: Utendum est sacramentis, ita ut fides accedat, quae credat promissionibus, quae per sacramenta exhibentur et ostenduntur. Damnant igitur illos, qui docent, quod sacramenta ex opere operato iustificent, nec docent, fidem requiri in usu sacramentorum, quae credit, remitti peccata [47]).

In der allgemeinen Begriffsbestimmung weicht die evangelische Kirche von der römischen nicht ab, auch nicht in Betreff der Gnadenwirkung. In der Apologie der Augsburgischen Confession Art. VII heißt es deshalb: Sacramenta vocamus ritus, qui habent mandatum Dei et quibus addita est promissio gratiae; desgleichen im Heidelberger Katechismus Qu. LXVI: Sacramenta sunt sacra et in oculos incurrentia signa ac sigilla, ob eam causam a Deo instituta, ut per ea nobis promissionem Evangelii magis declaret et obsignet: quod scilicet, non universis tantum, verum etiam singulis credentibus, propter unicum illud Christi sacrificium in cruce peractum gratis donet remissionem peccatorum et vitam aeternam [48]). Die Bestandtheile des Sacramentes sind auch bei den Evangelischen Materie und Form [49]), vom Verwalter des Sacramentes ist anerkannt, daß seine Unwürdigkeit der Wahrheit und Kraft des Sacramentes nicht Abbruch thue [50]), zugleich aber erklärt, daß eigentlich alle Christen um des allgemeinen Priesterthums willen die Fähigkeit zur Administration haben, der guten Ordnung wegen aber nur die damit besonders beauftragten Beamten, Geistliche,

---

1836) dritter Abschnitt. Möhler, neue Untersuchungen der Lehrgegensätze zwischen den Katholiken und Protestanten. Eine Vertheidigung wider Baur, Mainz 1834, Cap. III. Nitzsch, protestantische Beantwortung der Symbolik Möhler's S. 153 flg. Thiersch, Vorlesungen über Katholicismus und Protestantismus. Erlangen 1846. Vorles. 29 flg.

47) Damit ist zu verbinden die weitere Auseinandersetzung in der Apologie der Augsburg. Conf. Art. VII. Die Bekenntnißschriften der Reformirten erklären sich nicht so entschieden gegen die Wirkung der Sacramente ex opere operato, ausgenommen die Confessio Bohemica.

48) Vgl. auch Conf. Helvet. II. art. XIX. Belgica art. XXXIII.

49) M. s. z. B. Hahn, Lehrbuch des christlichen Glaubens §. 127, 129.

50) Augsb. Conf. Art. VIII. Apologie der Augsb. Conf. Art. IV. Nec sacramenta ideo non sunt efficacia, quia per malos tractantur, imo recte uti possumus sacramentis, quae per malos administrantur. Form. Concordiae declar. art. VII. Confessio Helvetica I declaratio de sacris symbolis. Conf. Anglicana art. XXVI. u. a.

Diener am Wort Gottes, ordentlicher Weise die Handlung verrichten und nur im Nothfalle auch andere Personen [51]).

Gegenüber der römisch-katholischen Kirche haben von Anfang an die Reformatoren die Anerkennung der sieben Sacramente zurückgewiesen. Eine bestimmte Erklärung darüber wurde in der Apologie der Augsburgischen Confession Art. VII gegeben: Sie wollen haben, wir sollen auch bekennen, daß an der Zahl sieben Sacramente seien, nicht mehr noch weniger. Darauf sprechen wir, daß noth sei, diese Ceremonien und Sacramente, die Gott eingesetzt hat durch sein Wort, wie viel und was Zahl die sind, zu erhalten. Aber von dieser Zahl der Sacramente befindet man, daß die Väter selbst nicht gleich gezählet haben, so sind auch diese sieben Ceremonien nicht alle gleich nöthig. So wir Sacramente nennen die äußerlichen Zeichen und Ceremonien, die da haben Gottes Befehl und haben eine angehefte göttliche Zusage der Gnaden, so kann man bald schließen, was Sacramente seien: denn Ceremonien und andere äußerliche Dinge, von Menschen eingesetzt, sein auf die Weise nicht Sacramente ..... So sind nun rechte Sacramente die Taufe und das Nachtmahl des Herrn, die Absolution ..... aber die Confirmatio und die letzte Oelung sind Ceremonien, welche von den alten Vätern herkommen, welche auch die Kirche niemals für nöthig zur Seligkeit geachtet hat ..... Durch das Sacrament des Ordens oder Priesterschaft verstehen die Widersacher nicht das Predigtamt und das Amt, die Sacramente zu reichen und auszutheilen, sondern verstehen von Priestern, die zu opfern geordnet sein ..... Wo man das Sacrament des Ordens wollte nennen ein Sacrament in dem Predigtamt und Evangelio, so hätte es keine Beschwerung, die Ordination ein Sacrament zu nennen: denn das Predigtamt hat Gott eingesetzt und geboten und hat herrliche Zusage Gottes ..... So möchte man auch das Auflegen der Hände ein Sacrament nennen ..... So jemand will den ehelichen Stand ein Sacrament nennen, fechten wir nicht hoch an. Es soll aber gleichwohl abgesondert werden von den vorigen zweyen, welche eigentlich Zeichen und Siegel sind des neuen Testamentes ..... Sonst müßten auch die anderen Aemter und Stände Sacramente genannt werden, die auch in Gottes Wort und Befehl gehen, als Obrigkeit oder Magistrat ..... So sollte man billig für allen anderen das Gebet ein Sacrament nennen ..... Auch könnte man die Almosen unter die Sacramente rechnen. —

Dieser Unterschied des Sacramentes im engeren und weiteren Sinne ist auch später festgehalten. Bereits im großen Katechismus hatte Luther erklärt, daß die Taufe auch das dritte Sacrament, das man die Buße genannt hat, in sich begreife: denn die Buße heiße nichts anderes, als den alten Menschen mit Ernst angreifen und in ein neues

51) S. Ios. Bingham, diss. de baptismo laicorum. (Tom. XI. der Werke edd. Grischovius).

Leben treten, dasselbe was die Taufe sei[52]). Doch unterschied man öfter noch später die Absolution als drittes Sacrament, wie Melanchthon, der in der ersten Ausgabe seiner loci theologici nur die beiden, in der von 1535 aber drei Sacramente als eigentliche annimmt. Man blieb indessen endlich bei den zwei Sacramenten stehen und erklärte die übrigen Handlungen für heilig, aber nicht in dem Sinne instituirt, wie jene. In solcher Weise findet sich dieser Punkt in allen Symbolen entschieden.

Als Quellen und Literatur über Sacramente im allgemeinen sind, außer den bereits citirten, noch zu erwähnen: Van Espen, ius eccl. universum Pars II. tit. I. sq. Oberthür, sacramenta ecclesiae christianae. Solisbav. 1828. II Partes. (ed. II.) Helfert, Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen, dann der heiligen religiösen Sachen sowohl nach kirchlichen, als nach österreichischen bürgerlichen Gesetzen stattfinden, Prag 1843 (zweite Ausg.). Schefold, die Parochialrechte, Stuttgart und Sigmaringen 1846, Th. II, S. 54 flg. Augustin, Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archäologie, Bd. VII—IX und die daselbst citirte reiche ältere Literatur.

Die Reihenfolge der Sacramente ist bei den Schriftstellern nach der eigenthümlichen Auffassung des Zusammenhanges derselben eine verschiedene. Die gewöhnliche, im Tridentinischen Katechismus befolgte Ordnung ist in der weiteren Darstellung hier festgehalten.

Den Anfang bildet

1) die Taufe[53]).

Bei allen Völkern finden sich gewisse Gebräuche bei der Aufnahme Neugeborener in die Gemeinschaft. Griechen und Römer feierten den Tag der Geburt (natalitia) und erneuerten die Solennität bei der Ertheilung des Namens[54]). Bei den Israeliten wurde außer der Beschneidung[55]) noch eine besondere Lustration angewendet, welche bei

---

52) Theil IV von der Taufe, gegen das Ende.

53) Quellen und Literatur: Tit. ne sanctum baptisma iteretur Cod. Theod. XVI. 6. Cod. Iust. I. 6. Decretum Gratiani dist. IV. de consecr. —. Tit. de baptismo et eius effectu. X. III. 42. Clement. III. 15. Tit. de presbytero non baptizato X. III. 43. Brenner, geschichtliche Darstellung der Verrichtung und Ausspendung des Sacramentes der Taufe. Würzburg und Bamberg 1818. Dreßler, die Lehre von der heiligen Taufe. Leipzig 1830. Matthies, baptismatis expositio biblica, historica, dogmatica. Berolin. 1831. Ueber das Sacrament der Taufe, in der Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie, Coblenz 1838, Heft 27, S. 87—126. Heft 28, S. 117—148. Augusti, Denkwürdigkeiten Bd. VII (Lit. S. 3, 4 daselbst citirt). Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkatholischen Kirche B. I, Th I, Cap. 2. Höfling, das Sacrament der Taufe. Erlangen 1846—1848. 2 Bde.

54) Cf. Tertullian, de idololatria cap. 16. Festus s. v. dies lustricus.

55) I. Mosis XVII, 10. Von Aegypten aus hat sich dieser Gebrauch bei den

denjenigen, die aus anderen Völkern als Proselyten des Thors übertraten und nicht die Erfüllung des ganzen Gesetzes übernahmen (Proselyten der Gerechtigkeit), hinreichte[56]). Die übliche Lustration vollzog auch Johannes der Täufer, als eine Vorbereitung auf den kommenden Herrn. Es mußte daher die von Christus selbst eingesetzte Taufe eine andere Bedeutung haben, wie schon früh von den Kirchenvätern anerkannt[57]) und förmlich vom Tridentinischen Concil dogmatisch sanctionirt wurde: Si quis dixerit, baptisma Ioannis habuisse eandem vim cum baptismo Christi, anathema sit[58]). Die Beschneidung, welche anfangs noch vollzogen wurde, auch für die Judenchristen, nachdem den übertretenden Heiden dieselbe erlassen war[59]), fortdauerte[60]), wurde später durch die Taufe überhaupt ersetzt. Die von Christus angeordnete und von den Aposteln vollzogene Taufe[61]) gilt allen Christen als Sacrament, obschon im einzelnen es nicht an abweichenden Auffassungen fehlt. Im ganzen stimmen aber die römisch-katholische und evangelische Kirche bei diesem Sacramente überein. Darnach ist die Taufe (baptisma, baptismus)[62]): sacramentum regenerationis per aquam in verbo[63]), oder sacramentum remissionis peccatorum et eius ablutionis, quam habemus in Christi sanguine[64]). Dieses Sacrament führt in die Gemeinschaft der Kirche ein und heißt daher ianua ecclesiae. Primum omnium sacramentorum locum tenet baptismus, quod vitae spiritualis ianua est; per ipsum enim membrum Christi et de corpore efficimur ecclesiae[65]). Es bildet die Grundlage aller anderen Sacramente: Cum baptismus sit fundamentum omnium sacramentorum, aute susceptionem baptismi non suscipiatur aliud sacramentum[66]). Die Noth-

---

Syrern, Aethiopiern u. s. w. verbreitet. S. Saalschütz, das Mosaische Recht (Berlin 1853) Th. I, S. 245 flg.

56) Schneckenburger, über das Alter der jüdischen Proselytentaufe. Berlin 1828.

57) M. s. z. B. Augustin, enchiridion cap. XLIX, in c. 135 dist. IV de consecr.

58) Sessio VII de baptismo. can. 1.

59) Entscheidung des Apostelconvents, Apostelgesch. XV.

60) Apostelgesch. XXI, 20 flg. Bei den Abyssinischen Christen ist sie noch im Gebrauche.

61) Ev. Matth. XXVIII, 19. Marc. XVI, 16. Apostelgesch. II, 38, 41. VIII, 12, 13, 36 flg. u. a. Br. an die Römer VI, 3 flg. I. Petri III, 21 u. a.

62) Im neuen Testamente und auch wohl in der griechischen Kirche heißt baptisma die Taufe, baptismus (*βαπτισμός*) dagegen ist jede Abwaschung, Reinigung, Lustration (m. s. die Commentatoren zum Br. an die Ebr. VI, 2), in der lateinischen Kirche sind beide Ausdrücke gleichbedeutend geworden.

63) Catech. Trident. P. II. cap. qu. V.

64) Conf. Anglica. art. XI. Die übrigen Symbole enthalten mehr ausführliche, in die einzelnen Wirkungen eingehenden Definitionen.

65) Concil. Florent. decret. unionis Latinorum et Armenorum.

66) C. 60. can. I. qu. I. (Capit. Theodori Canterb.), auch in c. 1. X. de presbytero non baptizato (III. 42.). C. 3. X. eod. Innocent. III. a. 1206. C. 2. de cognatione spirituali in VI. (IV. 3.) (Bonifac. VIII.) sacramentorum fundamentum et ianua reliquorum.

wendigkeit der Taufe ist daher auch in den Bekenntnissen beider Kirchen auf's Entschiedenste anerkannt. Si quis dixerit, baptismum liberum esse, hoc est, non necessarium ad salutem, anathema sit, heißt es im Tridentinum sess. VII. can. 5 de baptismo, und in der Augsburg. Conf. Art. IX u. v. a. „Von der Taufe wird gelehrt, daß sie nöthig sei und daß dadurch Gnade angeboten werde."

Die Bestandtheile des Sacramentes sind

1) sacramentum tantum. Dazu gehört als materia oder elementum Wasser, ohne alle Beimischung. Durch wiederholte Entscheidungen[67]), insbesondre des Tridentinischen Concils sess. VII. can. 2 de baptismo: Si quis dixerit, aquam veram et naturalem non esse de necessitate baptismi, anathema sit, ist der Gebrauch anderer Substanzen[68]) für unzulässig erklärt. Bei solennen Taufen wird etwas Chrisma dem Wasser zugefügt, um die Wirkung der Taufe deutlicher zu machen[69]). Die Taufe ist deshalb baptismus fluminis. Von ihr unterscheidet man baptismus flaminis, Geistestaufe und b. sanguinis, Bluttaufe, welche zwar nicht Sacramente sind, aber doch die Wirkung der Taufe mit Wasser nach sich ziehen: denn der nicht erfüllte Wunsch mit der Kirche vereinigt zu werden und das Martyrium für Christus bringt auch das Heil. Schon in der alten Kirche schloß man sich hierbei an I. Joh. V, 6, 8 an, welches der Text für den Taufsonntag Quasi modo geniti bildete, und unterstützte es durch andere Zeugnisse der heiligen Schrift, so daß schon Tertullian, Cyprian, Augustin[70]) und andere die Gleichstellung aussprachen. Darauf stützt sich die Entscheidung Innocenz III.[71]) und die des Tridentinischen Concils, in welchem ausgesprochen ist, die Justification erfolge nicht: sine lavacro aut eius voto[72]).

Das Sacrament entsteht, indem die forma zur Materie kommt. Die dabei zu brauchenden Worte sind in der Landessprache: Ich taufe dich im Namen des Vaters, des Sohnes und des heiligen Geistes[73]). An die Stelle des ursprünglichen Untertauchens (per immersionem), wovon man nur bei Kranken eine Ausnahme gestattete (baptismus clinicorum), ist später ein bloßes Benetzen des Kopfes getreten[74]). Die mannigfachen bei Vollziehung der Taufe anzuwendenden Riten beruhen meistens auf uralter Sitte und sind durch den Catech. Tridentin., das

67) C. c. 1. §. 4. X. de summa trinitate (I. 1.). Innocent. III. a. 1215 Concil. Florent. cit. Catech. Trident. P. II. c. II. qu. VI.

68) M. s. darüber Ferraris, bibliotheca canonica s. v. baptismus art. II. nr. 6 sq.

69) Catech. Trid. l. c. qu. XI.

70) Tertull. de baptismo cap. 16. Cyprian epist. 73. Augustin in c. 34. 151. dist. IV. de consecr. vgl. Constit. Apostol. lib. V. cap. 6.

71) C. 1. X. de presbytero non baptizato (III. 43.)

72) Sess. VI. cap. IV. de iustificatione verb. sess. VII. can. 4. de baptismo.

73) Catech. Trid. l. c. qu. XII. sq. S. Ferraris l. c. art. III.

74) M. s. die verschiedenen Zeugnisse in c. 78 sq. dist. IV. de consecr.

Rituale Romanum und die besonderen Agenden bestimmt. Der **Ort** der heiligen Handlung ist regelmäßig die Kirche. Indem das Concil zu Vienne 1311 dies einschärfte, gestattete es zugleich Ausnahmen für fürstliche Personen und wo es die Noth gebietet[75]). Die **Zeit** war, abgesehen von Nothfällen, früher auf gewisse Feste beschränkt, namentlich Weihnachten, Epiphania, Ostern, Pfingsten, das Fest Johannis des Täufers[76]). Später ist jede Zeit gestattet worden.

Die Verbindung von Materie und Form erfolgt durch den **Minister** des Sacramentes. Schon zeitig wurde als der eigentlich dazu Berechtigte der Bischof angesehen, mit dessen Erlaubniß Presbyter und Diaconen die Taufe vollziehen sollten. Bei Tertullian heißt es deshalb: Dandi baptismum quidem habet ius summus sacerdos, qui est episcopus, dehinc presbyteri et diaconi, non tamen sine episcopi auctoritate propter ecclesiae honorem. Quo salvo salva pax est. Alioquin etiam laicis ius est[77]). Dieser Grundsatz wurde hie und da längere Zeit aufrecht erhalten[78]), mitunter aber bald geändert, indem das Bedürfniß es mit sich brachte, dem Presbyter dieses Recht zuzuerkennen[79]). Daher ist später verordnet, daß der Diaconus im Auftrage des Bischofs oder Presbyters taufen solle. Regularen, welche Priester sind, bedürfen des Consenses ihrer Oberen[80]). Im Fall der Noth, wenn Jemand sonst ohne Taufe sterben würde, ist auch ohne weitere Erlaubniß, jeder vernünftige Mensch, Christ oder Nichtchrist, auch Vater oder Mutter, zur Vollziehung der Taufe berechtigt. Nachdem dies wiederholentlich schon früher anerkannt ist[81]), erklärt das Concil zu Florenz: Minister huius sacramenti est sacerdos, cui ex officio competit baptizare; in casu autem necessitatis non solum sacerdos vel diaconus, sed etiam laicus et mulier, immo etiam paganus et haereticus baptizare potest, dummodo formam servet ecclesiae, et facere intendat, quod facit ecclesia[82]). Indem die Kirche die von Ketzern und Nichtchristen vollzogene Nothtaufe billigt, erklärt sie doch nicht, daß die ohne Noth von solchen Personen verrichtete Taufe ungiltig sei. Im Gegentheil declarirt das

---

75) Clement. un. de baptismo (III. 15.)

76) C. 11 sq. dist. IV. de consecr.

77) De baptismo c. XVII. vgl. Ignatius ad Smyrnaeos cap. VIII. Canones Apostolorum c. 39 u. a.

78) M. s. z. B. c. 7. 8. Synod. Vernensis a. 755. (**Walter**, corp. iuris Germanici II. 40.

79) S. c. 13. dist. XCIII. (Gelasius a. 494.) C. 19. dist. IV. de consecr. (Isidorus † 636).

80) In c. 8. can. XVI. qu. I. ist das Verbot für Mönche ausgesprochen, in c. 16 eod. die Erlaubniß. Diese ist jedoch, nach c. 1. Clem. de privilegiis et excessibus (V. 7.) (Concil. Vienn. 1311) von der Licenz der Oberen abhängig gemacht. Vgl. **Ferraris** l. c. baptismus art. IV. nr. 43.

81) C. 21. 23. 24. dist. IV. de consecr. C. 4. can. XXX. qu. III. C. 1. §. 1. X. de summa trinitate (I. 1.) u. a. Wegen der Eltern s. c. 7. can. XXX. qu. I. Vgl. unten Anm. 106—108.

82) Decretum unionis Armenorum.

Tridentinische Concil allgemeiner: Si quis dixerit baptismum, qui etiam datur ab haereticis in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, cum intentione faciendi, quod facit ecclesia, non esse verum baptismum, anathema sit [83]). Indessen ist doch die außerhalb eines Nothfalles von einem, der nicht Priester ist, vollzogene Taufe eine strafbare Handlung, welche Irregularität und andere Nachtheile zur Folge hat [84]). Bei der Nothtaufe soll aber in Betreff der Berechtigung eine gewisse Reihenfolge beobachtet werden, so daß die Frau (mit Ausnahme der Hebamme) den Männern, Laien aber den Geistlichen nachstehen [85]). Da die von Häretikern u. s. w. vollzogene Taufe giltig ist, darf sie nicht wiederholt werden, sondern erhält nur eine Ergänzung und Anerkennung durch Handauflegung [86]). Nur dann, wenn die Taufe nicht in der kirchlich vorgeschriebenen Weise vollzogen ist, wenn die Bestimmungen über Materie und Form verletzt sind, muß sie reiterirt werden, im Fall des Zweifels aber nur bedingt: Si baptizatus est, non te rebaptizo etc. [87]). Eine vollständige Wiederholung ist nothwendig, wenn Jemand sich selbst getauft hat, da eine solche Taufe nichtig ist [88]).

Der ordentliche Minister ist ein Priester, aber nur der parochus proprius [89]). Mit dessen Genehmigung kann auch ein anderer Pfarrer oder Diaconus (s. oben) die Handlung vollziehen, doch hat der eigene Pfarrer dann Anspruch auf die Stolgebühren. Genauere Festsetzungen darüber enthalten die Partikularrechte, namentlich auch mit Rücksicht auf gemischte Ehen. So bestimmt das preußische Recht, daß dem Pfarrer des Vaters auch dann, wenn die Eltern verschiedener Religion sind, die Taufe gebühre, im Falle der Abweichung von dieser Regel aber Dimissorialien gegen Entrichtung der iura stolae nachzusuchen sind [90]).

---

83) Sess. VII. can. IV. de baptismo. verb. Catech. Trident. P. II. cap. II. qu. XXV.

84) S. c. 18. in fine, can. I. qu. I. C. 1. X. de clerico non ordinato ministrante (V. 28.) Strafbar ist auch die Anwendung von Solennitäten, da jede nicht vom Priester vollzogene Taufe nur einfach sein soll. S. Ferraris l. c. art. IV. nr. 23. sq.

85) Catech. Trident. l. c. qu. XXIV.

86) C. 51. can. I. qu. I. (Leo I. a. 458).

87) C. 2. X. de baptismo (III. 42.) Alexander III.

88) C. 4. X. de baptismo (III. 42.) Innocent. III. a. 1206.

89) C. un. can. XIII. qu. I. (Ps. Isid.) Conc. Trid. sess. XXIV. c. 13. de reform. Vgl. Ferraris l. c. art. IV. nr. 18 sq. 46.

90) Die Bestimmung des Allgem. Landr. Th. II, Tit. II, §. 76. Th. II, Tit. XI, §. 447, nach welcher, wenn die Eltern verschiedener Religion sind, die Taufe bei Söhnen, der Regel nach, dem Pfarrer des Vaters, sowie bei Töchtern dem Pfarrer der Mutter gebühre, ist aufgehoben durch Declaration vom 21. November 1803 und Cabinetsordre vom 17. August 1825. Der Grundsatz, daß der Pfarrer des Vaters taufen solle, konnte bisher nur durch einen den Willen der Eltern genehmigenden Staatsconsens geändert werden (Rescript v. 24. Mai 1828 und 21. März 1829). Nach der neueren Praxis bedarf es dieses Consenses nicht mehr, ja es ist selbst von Ertheilung der Dimissorialien Abstand genommen worden. Dadurch ist indessen das Recht des competenten Pfarrers auf die Stol-

In Betreff des **Täuflings** sind erst nach und nach gewisse Bestimmungen getroffen. Ursprünglich wurden nur Erwachsene, nach empfangenem Unterrichte und persönlicher Ablegung eines Bekenntnisses, getauft. Bereits im zweiten Jahrhundert wurde aber die Kindertaufe üblich[91]) und später von der Kirche deren Nothwendigkeit stets behauptet[92]). Auf ein bestimmtes Alter kommt es dabei nicht an, insofern nicht Gesetze ein solches vorschreiben. In Teutschland hat der Reichsabschied von 1529 „die Taufe in der Jugend" verordnet, indem Eltern, welche dieselbe unterließen, als Angehörige der verbotenen Secte der Wiedertäufer betrachtet werden sollten[93]). Die Kirche ist aber weiter gegangen, indem sie unter schwierigen Umständen sogar die Taufe vor voller Geburt vorgeschrieben hat[94]); dagegen hat sie bestimmt, daß die Taufe der schwangeren Mutter sich nicht auf das Kind erstrecke[95]). Auch Mißgeburten, welche für lebensfähig erklärt werden, sind zu taufen[96]).

In der alten Kirche verpflichteten sich die zu taufenden Katechumenen durch Handschlag zu einem christlich frommen Wandel. Daß sie diesem Gelübde nachkommen würden, mußte von untadligen Zeugen verbürgt werden (ἡγέμονες, χειραγωγοί, susceptores, sponsores, fideiussores)[97]). Nach der Einführung der Kindertaufe wurde die Sitte, solche Zeugen zuzuziehen, beibehalten und diesen zugleich die Pflicht auferlegt, so wie die Eltern für christliche Erziehung der Kinder zu sorgen. Daher nennt man sie compatres, commatres, patrini, **Pathen** im Verhältniß zum Kinde, unter sich und zu den Eltern, Gevattern[98]).

---

gebühren nicht alterirt. (Erlaß v. 6. u. 20. October 1851, im preuß. Staatsanzeiger 1852 Nr. 19, S. 101.) — Nach sächsischem Rechte ist für diesen Fall der Consens des Superintendenten einzuholen (vgl. **Schreyer's** Supplement zum Codex des sächsischen Kirchenrechtes S. 235).

91) **Tertullian** erklärt sich noch dagegen (de baptismo cap. 18). Dafür die Kirchenväter des Orients und Occidents; insbesondre auch schon eine karthagische Synode von 253 (s. **Cyprian** epist. LIX). **Augustin** in c. 138. 139. dist. IV. de consecr.

92) S. c. 1. §. 4. X. de summa trinitate (I. 1.). C. 3. X. de baptismo (III. 42.) Innocent. III. C. un. §. 23. Clem. de summa trinit. (I. 1.) Clemens V. a. 1311. **Benedict** XIV. de synodo dioecesana lib. VII. cap. V. Conc. Trid. sess. VII. can. XII—XIV. de baptismo. Catech. Trid. l. c. qu. XXXI. sq.

93) Sammlung der Reichsabschiede B. I, Th. II, S. 294.

94) **Ferraris** l. c. art. V. **Zeibich**, de pontificiorum ritu, quo infantes baptizantur, antequam nati sunt. Viteberg. 1734. 4. Ueber einen Fall einer Taufe auf die Fußsohle s. m. Darmstädter allg. Kirchenzeitung 1838 Nr. 155.

95) C. 114—116 dist. IV. de consecr.

96) **Ferraris** l. c. art. V. nr. 5. sq. **Brenner**, geschichtliche Darstellung der Verrichtung der Taufe S. 180. **Filippo Leonardo**, riflessione sul tempo dell' animazione del feto umano. Rom. 1827.

97) **Tertullian**, de baptismo cap. 18, de corona cap. 3 u. a. S. **Gerh. van Mastricht**, susceptor seu de susceptoribus infantium ex baptismo, eorum origine, usu et abusu. Duisburg 1670. 8. Francof. et Lipsiae 1727. 4. **Köhler**, von den christlichen Taufzeugen. Zwickau 1785.

98) C. 100 sq. dist. IV. de consecr. Catech. Trid. l. c. qu. XXVII—XXIX.

Um des Zweckes willen schloß man Regularen und Nichtchristen von dieser Zeugenschaft aus[99]). Dazu fügte man später auch solche Christen, welche nicht der römischen Kirche angehören[100]), nachdem im Jahre 1596 Clemens VIII. zunächst für Italiener verordnet hatte: filios suos de sacro fonte levari per haereticos non permittant, nec ipsi vicissim haereticorum filios, nisi per catholicum sacerdotem catholico more baptizentur, levare praesumant[101]). Neuere Staatsgesetzgebungen haben indessen verfügt, daß eine Zurückweisung christlicher Taufzeugen durch den Geistlichen nicht erfolgen dürfe[102]). Durch die Pathenschaft entsteht eine geistige Verwandtschaft (cognatio spiritualis) zwischen den Pathen und dem Täuflinge, sowie zwischen dem Taufenden, dem Täuflinge und dessen Eltern, und daraus ein Ehehinderniß. Deshalb ist die Zahl der zuzuziehenden Pathen beschränkt. Es erklärt darüber, nachdem bereits ältere Gesetze ähnliche Verfügungen erlassen hatten[103]), das Tridentinische Concil in der sessio XXIV cap. 2 de reformatione matrimonii: Ut unus tantum, sive vir sive mulier, iuxta sacrorum canonum instituta, vel ad summum unus et una baptizatum de baptismo suscipiant, inter quos ac baptizatum ipsum, et illius patrem et matrem, nec non inter baptizantem et baptizatum, baptizatique patrem ac matrem tantum spiritualis cognatio contrahatur. Darüber sind nunmehr die Ansichten getheilt, ob, wenn mehrere Pathen zugezogen wurden, auch für diese alle, oder nur für die beiden, welche dem Tridentinum gemäß in's Kirchenbuch einzutragen sind, die geistige Verwandtschaft mit ihren Folgen entstehe. Gestützt auf cap. 3 de cognatione spirituali in VI: quamvis non plures, quam unus vir, vel una mulier accedere debeant ad suscipiendum de baptismo infantem iuxta sacrorum canonum instituta: si tamen plures accesserint, spiritualis cognatio inde contrahitur matrimonia contrahenda impediens et etiam post contracta dissolvens, sind viele Kanonisten der Ansicht, daß alle Pathen berührt werden, da auch nach der Vorschrift des Tridentinums diese Decretale noch in Geltung sei[104]). Dagegen behaupten andere, das Tridentinum habe diese Bestimmung aufgehoben[105]). Das Letztere scheint nicht annehmbar;

99) C. 102—104. dist. IV. de consecr.

100) Synode von Ermland 1610, Osnabrück 1628, Cöln 1662 (Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. IX. Fol. 107. 446. 968), Paderborn 1682, Culm 1745 u. m. (l. c. Tom. X. Fol. 147. 528).

101) Bullarium Magnum (ed. Luxemburg) Tom. III. Fol. 64.

102) Rescript des bayerischen Staatsministeriums vom 9. Juli 1829. Ein österreichisches Hofrescript vom 26. Juni 1801 bestimmt, daß katholische Pfarrer akatholische Taufpathen bei katholischen Kindern geradezu entfernen sollen. Dagegen gestattet ein Hofrescript vom 10. Juni 1802 den Akatholiken, welche zur Taufe gebeten werden, als Zeugen zu erscheinen.

103) C. 100. 101. dist. IV. de consecr. C. 3. de cognatione spirituali in VI. (IV. 3.) Bonifac. VIII.

104) Ferraris l. c. art. VII. nr. 11. 12.

105) Berardus, commentaria in ius eccl. Tom. III. p. 112. (s. Richter, Kirchenrecht §. 259, Anm. 26).

indessen ist durch die Praxis doch Fürsorge getroffen, daß nur diejenigen als wahre Pathen angesehen werden, die in's Kirchenbuch eingetragen sind, während die übrigen nur die Bedeutung der testes honorarii haben[106]). Das ältere Recht war auch hinsichtlich der Eltern des Täuflinges so streng, daß, wenn diese eine Nothtaufe an ihm vollzogen oder ihn aus der Taufe gehoben, sie wegen der für sie entstandenen geistigen Verwandtschaft nicht mehr in der Ehe zusammen leben konnten[107]). Dies wurde zwar bereits im neunten Jahrhundert geändert[108]), doch sah sich noch Alexander III. († 1180) genöthigt, deshalb eine Bestimmung zu treffen[109]).

Zum sacramentum tantum tritt nun bei der Taufe

2) res, d. i. die heiligende Gnade[110]), kraft deren die Erbsünde aufgehoben wird[111]), wie es insbesondre im Tridentinischen Concil heißt: Si quis per Iesu Christi Domini nostri gratiam, quae in baptismate confertur, reatum peccati originalis remitti negat, aut etiam asserit, non tolli totum id, quod veram et propriam rationem peccati habet, sed illud dicit tantum radi, aut non imputari, anathema sit. Gegen den Gebrauch, um den besonderen Erlaß der Sünde zu erlangen, die Taufe aufzuschieben, hat schon früh die Kirche sich ausgesprochen und deshalb möglichst zeitige Taufe empfohlen[112]).

3) Sacramentum et res ist der unauslöschliche Charakter, welcher der Seele des Täuflinges eingedrückt wird, weshalb auch keine Wiederholung der Taufe stattfinden darf[113]).

Die evangelische Kirche betrachtet, wie die römisch-katholische, die Taufe als das Sacrament, welches in die Gemeinschaft der Kirche einführt. Die zum Wesen des Sacramentes gehörigen Bestandtheile, Materie und Form nebst dem Endzwecke werden gehörig

---

106) M. s. Stapf, vollständiger Pastoralunterricht über die Ehe (5. Ausg. von Egger) S. 245.

107) Capitulare Compendiense a. 757 c. 12., in c. 2. can. XXX. qu. I. Concil. Cabilonense a. 813 c. 31., in c. 4. eod. Conc. Moguntin. a. 813 c. 55. (bei Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. I. Fol. 413). Rabanus ad Heribaldum a. 853 c. 20., in c. 5. can. XXX. qu. I. u. a.

108) C. 3. 6. can. XXX. qu. I. (Nicolaus I. a. 864) c. 7. eod. (Ioannes VIII. a. 879).

109) C. 2. X. de cognatione spirituali (IV. 11.)

110) Daher heißt die Taufe bisweilen schlechthin gratia (χάρις). S. c. 1. C. Th. ne sanctum baptisma iteretur (XVI. 6.) und Iac. Gothofredus zu dieser Stelle.

111) Außer vielen anderen Stellen s. m. besonders c. 3. X. de baptismo (III. 42.) Innocent. III. C. un. §. 2. 3. Clem. de summa trinitate (I. 1.) Concil. Vienn. a. 1311. — Concil. Florent. a. 1439 decr. unionis. Concil. Trid. sess. V. de peccato originali can. V. Sess. VI. de iustificatione c. XIV. Sess. XIV. de poenitentia cap. II. Catech. Trid. l. c. qu. XLI. sq.

112) S. Tertullian. de poenit. cap. 3. 6., de baptismo cap. 11. Verb. Neander, Antignostikus, Geist des Tertullian S. 198, 201 flg. Catech. Trid. l. c. qu. XXXIII. sq. s. oben Anm. 90. flg.

113) S. oben Anm. 41, 85—87. S. auch Catech. Trid. l. c. qu. LIII. sq.

unterschieden. Die Materie ist reines Wasser. Die kursächsische Kirchenordnung von 1580 bestimmt: „Es sollen die Wehmütter mit anders nichts, denn mit Wasser taufen, und nicht, wie etwan in solcher Noth geschehen, was sie ergreifen, als Wein, Essig, Milch dazu gebrauchen, weil Christus mit ausdrücklichen Worten allein Wasser dazu verordnet hat[114]." Daß im Fall des Gebrauches einer anderen Substanz die Taufe zu wiederholen sei, ist in der Praxis angenommen[115]). Die Taufformel ist die allgemeine, die Ritualien sind dagegen mehrfach abweichend, obschon die lutherischen Agenden sich nicht so weit von den römischen entfernen, als die reformirten. Häufig ist, außer dem Bekreuzen von Brust und Stirn, auch der Exorcismus beibehalten. Aus Luthers Taufbüchlein von 1523, welches dem kleinen Katechismus 1529 zugefügt wurde, ist dieser Gebrauch ziemlich allgemein verbreitet, obgleich Luther selbst sich eigentlich dagegen erklärt hatte, da er äußert: „der Exorcismus ist eine Verachtung des heiligen Ehestandes, gleich als würden daraus auf die Welt geboren, die vom Teufel besessen wären"[116]). Es sind große Streitigkeiten deshalb geführt worden und es hat zu keiner Zeit an Vertheidigern, wie an Feinden desselben gefehlt[117]). In manchen Kirchen ist er förmlich abgeschafft[118]), in anderen ist's dem Belieben des Geistlichen oder der Eltern überlassen, ihn anzuwenden[119]). Rücksichtlich des Ortes ist oft die Kirche vorgeschrieben und nur bei den Eximirten oder dem Adel, der an sich nicht exemt ist, die Haustaufe auch ohne die Dispensation, welche für andere erforderlich ist, gestattet[120]). In Preußen[121]), jetzt auch in Sachsen[122]), bedarf es keiner Dispensation zu Haustaufen. Die

---

114) Richter, Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhundertes Bd. II, S. 437.

115) M. s. Deyling, institutiones iurisprudentiae pastoralis (Lipsiae 1768) p. 363. Verb. Darmstädter allgemeine Kirchenzeitung 1837 Nr. 48, S. 398—400.

116) Luther's Werke (Jena) VII, 369. Vgl. Ausg. von Walch B. X, S. 2620.

117) M. s. die literarischen Nachweisungen in Hahn's Lehrbuch des christlichen Glaubens S. 563. Verb. noch Wiedenfeld, de exorcismi origine, mutatione deque huius ritus peragendi ratione. Marburg 1824. Schubring, in Rudelbach und Guericke, Zeitschrift für die lutherische Theologie und Kirche 1848, Heft III, S. 449 flg., 466 flg.

118) So im Lüneburgischen 1663, in Regensburg 1780, Hamburg 1786, in Dänemark (s. Rohmann, Geschichte des Exorcismus in Dänemark 1835, theologische Studien und Kritiken von Ullmann u. a. 1838 Heft IV, S. 1099, 1100).

119) So in Gotha, Mecklenburg u. a. (vgl. Schlegel, kurhannöversches Kirchenrecht Th. III, S. 72).

120) Schlegel a. a. O. S. 74, 75 u. Lit. daselbst.

121) Rescript vom 14. März 1776.

122) Rescript vom 28. Mai 1850. (Schreyer's Supplement zum Codex des sächsischen Kirchenrechtes S. 151.)

Zeit der Vollziehung der heiligen Handlung ist nicht beschränkt, doch pflegt dazu an Sonn- und Festtagen nach Beendigung des allgemeinen Gottesdienstes geschritten zu werden.

Der Minister des Sacramentes ist nach evangelischem Kirchenrechte ebenfalls der Pfarrer. Luther entschied sich dafür, so sehr er auch auf das allgemeine Priesterthum aller Christen Gewicht legt: „denn in der Gemeinde können sie nicht alle des Amtes gewarten; so schickt sich's auch nicht, in einem jeglichen Hause zu taufen". Es sollen die Pfarrer „die Sacramente von wegen der Gemeinde handeln, damit man wisse, wer da getauft worden sei und Alles ordentlich zugehe"[123]). Die Kirchenordnungen und andere Gesetze bestimmen darnach, daß der ordentliche Verwalter der Taufe bei ehelichen Kindern der Pfarrer des Vaters, bei unehelichen der der Mutter sei[124]). Eine Ausnahme im Falle der Nothtaufe ist lutherischerseits ebenfalls anerkannt[125]). Davon weicht indessen die reformirte Kirche ab. Zwar war Zwingli für seine Person nicht dagegen, denn er sagt: „Wir sind getauft und sind recht getauft; denn es kann ein jedes wyb selbs taufen"[126]). Dagegen war Calvin anderer Ansicht. Er hält jede von einem anderen, als dem Diener des Wortes vollzogene Taufe für unwirksam und fordert die Wiederholung: Adulterium baptismum censemus, qui administratus est a privato homine .... De integro baptizandus, qui pollutus fuerit profana aspersione .... Baptizandi licentia, quam sibi foeminae arrogant, nihil aliud est quam crassa susperstitio[127]). Diese Auffassung ging auch in die Bekenntnißschriften und Kirchenordnungen der Reformirten über[128]). In der lutherischen Kirche wird die erfolgte Nothtaufe noch kirchlich bestätigt. Luther erklärt darüber: „Darnach, so das Kind lebendig bleibet, sollen sie es in der Kirche vor den Pfarrherrn oder Kaplan bringen, demselbigen anzeigen, daß das Kindlein von ihnen in der Noth getauft sei worden, und soll bitten, daß er wolle solche ihre Nothtaufe, durch Auflegung der Hände auf des Kindes Haupt, bestätigen und bekräftigen; welches nicht derhalben geschieht, als ob die geschehene Taufe von den Weibern sollt unrecht und unkräftig sein; denn es ist einmal an ihr selbst die rechte Taufe; doch muß es auch ein

---

123) Luther's Werke von Walch B. V, S. 1509.

124) M. s. z. B. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 446.

125) Vgl. Luther's Werke von Walch B. X, S. 2618 flg., die Stellen aus den Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhundertes bei Richter Bd. II, S. 516. — Schmalkald. Artikel im Anhange von der bischöfl. Gewalt.

126) Zwingli, von der Taufe, Kindertaufe u. s. w. 1525, in seinen Werken von Schuler und Schultheß Th. II, B. I, S. 278, 299 u. a.

127) Calvin, instit. relig. christ lib. IV. cap. III. §. 5. 6. Cap. XV. §. 20—22. epistolae (ed. Amstelod. 1667) pag. 205. 209., verb. 112. 201. 265.

128) Confessio Helvetica II. cap. XX. Scotica I. art. XXII. Kirchenordnung für Kassel 1539 (Richter, Kirchenordnungen B. I, S. 298), kurh. Kirchenordn. von 1657 (Ledderhose, hessen-kasselsches Kirchenrecht §. 161).

öffentlich Zeugniß haben, welches dermaßen durch den Kirchendiener geschieht"[129]).

Rücksichtlich des Täuflinges ist von Anfang an bei den Evangelischen die Kindertaufe gebilligt und die Lehre der Anabaptisten verworfen. So ausdrücklich in der Augsburg. Confession Art. IX, deren Apologie Art. IV u. v. a. Ebenso ist aber zugleich gefordert, daß die Kinder ganz geboren seien. Luther äußert deshalb: „Es begiebt sich oft, daß die Frauen die Kinder taufen, wenn sie noch halb im Mutterleibe sind. Dasselbige ist nicht recht, man soll es nicht taufen; denn Gott will es nicht haben; wollte er es haben, daß es getauft würde, er würde es wohl ganz heraus lassen kommen"[130]). Die Kirchenordnungen haben daher sich stets dagegen erklärt[131]). Dieselben verfügen aber auch, daß die Taufe weder aus Armuth, noch um des zu machenden Aufwandes willen, längere Zeit aufgeschoben werde und drohen für den Fall der Nichtbeachtung Geldstrafen. Ein preußisches Rescript vom 24. Juli 1800 fordert nur, daß spätestens vor Ablauf des Kirchenjahres, in welchem ein Kind geboren ist, die Anzeige über die Geburt und den Namen des Kindes dem Ortsprediger zur Eintragung geschehen solle. Dagegen bestimmt die Cabinetsordre und das Circular vom 23. Februar 1802, daß Kinder christlicher Eltern längstens sechs Wochen nach der Geburt zu taufen sind. Eltern, welche sich durch Vorstellung der Geistlichen nicht dazu bestimmen lassen wollen, wenn sie nicht aus der Kirche auszutreten gesonnen sind, sollen gleichsam als Wahnsinnige betrachtet und ihren Kindern Vormünder bestellt werden, welche dafür sorgen, daß die Unvernunft der Eltern den Kindern nicht nachtheilig werde[132]). Der Erlaß des königl. sächsischen Ministeriums vom 28. Mai 1850 bestimmt ebenfalls, daß innerhalb sechs Wochen die Taufe vollzogen werden soll.

Der Gebrauch, Pathen zur Taufe zuzuziehen, ist in der evangelischen Kirche beibehalten. Die älteren Kirchenordnungen bestimmen darüber, daß nur christliche Männer und Frauen dazu genommen werden sollen, und dies haben auch die späteren Gesetze eingeschärft[133]). Das ältere Verbot der Zulassung von römisch-Katholischen ist aufge-

---

129) S. Anm. 124 cit. S. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 451.

130) Werke von Walch B. X, S. 1981.

131) So bereits die braunschw. Kirchenordn. v. 1528, bei Richter a. a. O. Bd. I, S. 108.

132) Vgl. Verhandlungen über die Frage: wie lange die Taufe eines Kindes verschoben werden könne? in Gedicke Annalen des preuß. Kirchen- und Schulwesens Bd. II, Heft I (Berlin 1801) Nr. 5, S. 132 flg. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung in Preußen Bd. XIII, S. 190 flg. XV, S. 272 flg.

133) In Preußen ist die Unzulässigkeit auf Grund einer besonderen Verhandlung beim Oberconsistorium im Jahre 1800 declarirt. M. s. diese Verhandlung in Gedicke's Annalen a. a. O. Bd. I, Heft III, Nr. 5, S. 463 flg.

hoben[134]). Es ist allgemein anerkannt, daß nur confirmirte Personen Taufzeugen sein dürfen[135]). Ausgeschlossen sind solche, welche nach Auferlegung kirchlicher Disciplin sich mit der Gemeinde noch nicht versöhnt haben[136]). Das ältere Recht beschränkt die Zahl der Pathen gewöhnlich auf zwei oder drei[137]). Mißbräuche, indem um des Pathengeldes willen oft eine große Zahl von Zeugen erbeten wird, haben die neuere Gesetzgebung zu einer Herstellung solcher Festsetzung veranlaßt. Das königl. sächsische Recht bestimmt die Zahl auf wenigstens zwei, höchstens sechs. In der preußischen Provinz Sachsen ist die Vorschrift der Magdeburger Kirchenordnung von 1739 hergestellt und die Zulassung von fünf Pathen ausgesprochen[138]). Für jeden über die gesetzlich normirte Zahl gewählten Pathen muß gewöhnlich Dispensation nachgesucht und dafür etwas zu wohlthätigen Zwecken gezahlt werden[139]). Die älteren Ordnungen bestimmen den Zweck der Pathen „darumb, das yemandt für das kind antworte, und so jene seine Eltern zu frue durch den todt abgingen, das sie die kinder erinnern, was sie von jenen wegen in der tauffe zugesagt" (Anm. 136 cit.). Die Anwesenheit der Eltern selbst ist dadurch so wenig ausgeschlossen, daß die Kassel'sche Kirchenordnung von 1539 dieselbe sogar fordert[140]). Die Kirchenordnung des Fürstenthums Waldeck von 1727 bestimmt, daß Väter, welche bei der Taufe ihrer Kinder zugegen zu sein versäumen, Geldstrafe zahlen müssen. Allein sie sollen nicht Pathen sein[141]).

Als Wirkung der Taufe betrachtet die evangelische Kirche die Aufhebung der Erbsünde, jedoch nur so, daß die Schuld derselben weggenommen, die sündhafte Concupiscenz aber erst im Tode und nach der Auferstehung ganz vernichtet wird[142]). Die einmal ordentlich ertheilte Taufe wird nicht wiederholt, wenn aber quoad materialia oder formalia ein wesentlicher Irrthum vorgekommen oder überhaupt ein Zweifel gegründeter Art über die Vollziehung entsteht, dann wird, und zwar nicht

---

134) S. Schlegel, kurhannöv. Kirchenrecht Th. III, S. 77. Hanke, Archiv zur neuesten Kirchengeschichte Bd. I, Heft II, S. 145.

135) Schlegel a. a. O. S. 76. Kgl. sächs. Verordn. vom 7. October 1840.

136) M. s. deshalb z. B. für die rheinisch-westphälische Kirche Preußens die Cabinetsordres v. 21. Juni 1844 u. 20. August 1847.

137) Brandenburg-Nürnberger Kirchenordn. v. 1533 (Richter, Kirchenordnungen B. I, S. 197) u. v. a.

138) Erlaß des Consistoriums vom 16. October 1851. M. s. auch die Verordnung von Reuß-Plauen vom 20. April 1849, in v. Moser, allg. Kirchenblatt für das evang. Teutschland 1853 S. 574.

139) So nach kurh. Rechte (Ledderhose a. a. O. §. 163).

140) Richter, Kirchenordn. B. I, S. 296.

141) Verbot in Gotha 1829 (Allg. Kirchenztg. 1829 Nr. 13).

142) S. Apologie der Augsburg. Confession Art. IV. Luther's größerer Katechismus u. a. Confessio Helvet. II. cap. XX. Gallica art. XXXV. Belgica art. XV. XXXIV. u. a.

wie in der römisch-katholischen Kirche mit Bedingungen, sondern pure getauft[143]).

Der Staat machte früher von der erfolgten Taufe den Genuß bürgerlicher Rechte schlechthin abhängig. Dies hat meistens aufgehört[144]). Mannigfache Mißbräuche, welche sich an die Vollziehung der Taufe anschließen können, sind durch die Gesetzgebung möglichst beseitigt, wie hinsichtlich der Kindtaufsschmäuse, der Pathengeschenke u. a.[145]). Auch ist dafür gesorgt, daß den Kindern keine unpassenden Namen beigelegt[146]) sowie daß betrügliche Wiederholungen der Taufe streng bestraft werden[147]).

2) Die Confirmation, Firmung[148]).

3) Das Abendmahl[149]).

Das heilige Abendmahl gilt allen Christen als eine von Jesus Christus selbst herrührende Stiftung und (mit Ausnahme der Socinianer und Arminianer) als Sacrament. Ueber die Bedeutung desselben überhaupt, über das Wesen der einzelnen Bestandtheile und deren Verhältniß zu einander haben sich aber nach und nach höchst abweichende Ansichten in der Kirche gebildet, und darauf sind verschiedene Rechtsgrundsätze gestützt worden.

In der römisch-katholischen Kirche ist der Begriff des heiligen Abendmahls als eines ursprünglichen Dankopfers (εὐχαριστία) in der

---

143) So entscheidet bereits die sächs. Kirchenordnung von 1539 (Richter, Kirchenordnungen B. I, S. 310), von 1580 (a. a. O. B. II, S. 437) u. v. a.

144) S. den Artikel: Juden u. a. im Rechtslexikon.

145) Schlegel a. a. O. S. 78 flg.

146) Preußische Verordnung vom 21. November 1816, 28. März 1836 u. a.

147) S. Abegg, im neuen Arch. des Criminalr. Bd. XI, H. IV, S. 580 flg. 630 flg. u. a.

148) Vgl. den Artikel: Confirmation Bd. II, S. 919 flg. Dazu füge man noch Rodatz, über den Begriff und den Werth der protestantischen Confirmation, in Lücke und Wieseler, Monatsschrift für Theologie u. Kirche 1850, April und Mai. Joh. Friedr. Bachmann, Geschichte der Einführung der Confirmation innerhalb der evangelischen Kirche, Berlin 1851.

149) Quellen und Literatur. Gratian's Decret dist. II. de consecr. Tit. X. de celebratione missarum et sacramento eucharistiae et divinis officiis (III. 41.) — de custodia eucharistiae, chrismatis et aliorum sacramentorum (III. 44.) Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archäologie Bd. VIII, (daselbst auch reichliche liter. Nachweisungen S. 51, 132, 160, 177, 220, 252, 316, mit Rücksicht auf die einzelnen das Sacrament betreffenden Punkte). Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten Bd. II, Th. II, S. 3 flg. Brenner, geschichtliche Darstellung der Verrichtung und Ausspendung des Sacramentes der Eucharistie, Würzburg und Bamberg 1824. Propst, die Verwaltung der heil. Eucharistie, Tübingen 1853. Ebrard, das Dogma vom heiligen Abendmahl und seine Geschichte, Frankfurt, 2 Bde., 1845, 1846. Kahnis, die Lehre vom Abendmahle, Leipzig 1851 (jener vom reformirten, dieser vom lutherischen Standpunkte).

Fassung bestimmt, welche die Doctrin des Mittelalters festgestellt hatte. Darnach ist: Eucharistia sacramentum corporis et sanguinis Christi veraciter contenti sub speciebus panis et vini post consecrationem factam a sacerdote sub verbis certis cum debita intentione prolatis, ex institutione divina veraciter significantibus corpus Christi et sanguinis sub eis realiter contineri [150]). Die einzelnen Elemente dieses Sacramentes sind, wie bei allen anderen, unterschieden und von Innocenz III. bereits in einer eigenen Decretale genauer festgesetzt [151]) und später namentlich durch das Concil zu Florenz 1439 [152]) und das zu Trient auf's Vollständigste motivirt worden [153]).

1) Sacramentum tantum ist die Darbringung des Leibes und Blutes Christi, in der Gestalt des Brotes und Weines, welche durch die Consecration transsubstantiirt werden. Die materia sacramenti sind Brot und Wein. Das Brot ist ungesäuertes Weizenbrot [154]) und der Wein ist mit etwas Wasser vermischt [155]). Es erklärt darüber das Tridentinische Concil: Monet sancta synodus, praeceptum esse ab ecclesia sacerdotibus, ut aquam vino in calice offerendo miscerent, tum quod Christum Dominum ita fecisse credatur, tum etiam quia e latere eius aqua simul cum sanguine exierit; quod sacramentum hac mixtione recolitur etc. [156]). Forma ist die Consecration der Elemente mit den Einsetzungsworten des Herrn selbst: Hoc est enim corpus meum. Hic est enim calix sanguinis, novi et aeterni testamenti, mysterium fidei, qui pro vobis et pro multis effundetur in remissionem peccatorum [157]). Bereits in der alten Kirche bestand die Ueberzeugung, daß wie einst der göttliche Logos sich im Fleische offenbart, so offenbare sich derselbe geheimnißvoll in Brot und Wein bei dem heiligen Mahle. Daraus entwickelte sich die Ansicht, daß die Elemente des Mahles in die Substanz des Leibes und Blutes des Herrn übergingen. Im Jahre 831 sprach sich darüber Paschasius Radbertus, Mönch zu Corvey, in der Schrift de corpore et sanguine Domini ganz bestimmt aus: Corpus Christi et sanguis virtute Spiritus in verbo ipsius ex panis vinique substantia efficitur [158]). Die Gegenschrift des Ratramnus, an König Karl

150) S. Ferraris s. v. eucharistia art. I. nr. 1.

151) C. 6. X. de celebrat. missarum (III. 42.) v. 1202.

152) Im Decretum unionis (s. oben).

153) Sessio XIII. de eucharistia. Sessio XXII. de sacrificio missae. Verb. Catech. Trid. Pars II. cap. IV.

154) C. 14. X. de celebrat. missarum. Honorius III. Catech. Trid. l. c. qu. XII—XIV. (s. auch die flg. Anm.).

155) C. 2. dist. II. de consecr. (Cyprian a. 254). C. 5. eod. (Concil. Carthag. III. a. 397). C. 4. eod. (Martin. Bracar.). C. 8. X. de celebr. miss. Innocent. III. C. 13. eod. Honorius III.

156) Concil. Trident. sess. XXII. cit. cap. VI. Catech. Trid. cit. qu. XV—XVIII.

157) S. Catech. Trid. cit. qu. XIX—XXIV.

158) Vgl. c. 77. can. I. qu. I. C. 12 sq. dist. II. de consecr. und dazu die Correct. Rom.

den Kahlen gerichtet, auf dessen Anlaß sie erschien, die Erklärung des Rhabanus Maurus u. a. vermochten diese Meinung nicht mehr zu verdrängen. Als Berengar, Canonicus zu Tours, es unternahm, des Ratramnus Ansicht zu vertreten, erhob sich gegen ihn Lanfranc und bewirkte, daß Berengar auf einer Synode zu Rom im Jahre 1059 förmlich widerrief[159]). Diese Lehre ward nun vollständiger entwickelt und die von Hildebert von Tours für die Thatsache gebrauchte Bezeichnung: transsubstantiatio[160]) approbirt, auch die Doctrin selbst dogmatisch sanctionirt[161]). Sie ist seitdem wiederholt bestätigt, vorzüglich durch das Concil von Trient: Si quis dixerit, in sacrosancto eucharistiae sacramento remanere substantiam panis et vini una cum corpore et sanguine Domini nostri Iesu Christi, negaveritque mirabilem illam et singularem conversionem totius substantiae panis in corpus, et totius substantiae vini in sanguinem, manentibus duntaxat speciebus panis et vini, quam quidem conversionem catholica ecclesia aptissime transsubstantiationem appellat, anathema sit[162]). Die Consecration erfolgt durch einen Priester. So erklärt Innocenz III. (Anm. 158 cit.): Et hoc utique sacramentum nemo potest conficere, nisi sacerdos, qui rite fuerit ordinatus und darnach das Tridentinum sessio XXII. can. 2 a. a. O. Der Spender des Sacramentes kann in Gegenwart des Priesters und mit seiner Zustimmung auch ein Diaconus sein[163]), nicht aber ein Laie[164]). Regularen, welche nicht vom apostolischen Stuhle dazu autorisirt sind, bedürfen der Genehmigung des betreffenden Priesters[165]). Der conficirende Priester genießt das heilige Mahl in der Gestalt des Brotes und Weines (sub utraque specie, figura), die Communicanten dagegen, Kleriker wie Laien, erhalten nur das Brot. Eine Spur von einem derartigen Genusse findet sich schon im dritten Jahrhunderte[166]), üblicher aber wurde die Entziehung des Kelches erst im zwölften Jahrhunderte[167]) gesetzlich auf dem Concil zu Costnitz[168]) und durch das Tridentinum bestätigt: S. Synodus declarat ac docet, nullo divino praecepto laicos et clericos non conficientes obligari ad

---

159) S. c. 34. 41. dist. II. de consecr. (Lanfranc.) Die Confessio Berengarii in c. 42. dist. II. de consecr.

160) Sermo XCIII. (ed. Paris 1708 p. 689).

161) C. 1. §. 3. X. de summa trinitate (I. 1.). Innocent. III. a. 1215. Concil. Lateran. c. 1.

162) Sess. XIII. de eucharistia cap. IV. can. II. Catech. Trid. l. c. qu. XXXV. sq.

163) C. 13. dist. XCIII. (Gelasius a. 494). C. 18. eod. (Conc. Carthag. IV. c. 38. Statuta ecclesiae antiqua c. 55.).

164) C. 29. dist. II. de consecr. (Conc. Remense a. 650). Vgl. Catech. Trid. l. c. qu. LXV.

165) Clem. de privilegiis (V. 7.). Clemens V. a. 1311.

166) Neander, Antignostikus, Geist Tertullians S. 184, 228.

167) Spittler, Geschichte des Kelches im Abendmahle, Lemgo 1780.

168) Sessio XIII.

eucharistiae sacramentum sub utraque specie sumendum, neque ullo pacto salva fide dubitari posse, quin illius alterius speciei communio ad sulutem sufficiat. — Si quis dixerit, sanctam ecclesiam catholicam non iustis causis et rationibus adductam fuisse, ut laicos atque etiam clericos non conficientes sub panis tantummodo specie communicaret, aut in eo errasse, anathema sit[169]). Das Tridentinum erklärt zugleich, daß auch das unter Einer Gestalt empfangene heilige Mahl vollständig sei und verflucht diejenigen, welche das leugnen[170]). Indessen fand das Concil doch für gut, es dem Pabste zu überlassen, wenn er es zweckmäßig hielte, den Kelch denen zu bewilligen, welche ihn darum bitten würden[171]). Demnach sind auch besondere Privilegien vom Pabste ertheilt worden[172]). Der Ort der Consecration ist die Kirche. Die Communion schließt sich entweder an die Consecration an und bildet somit noch einen Theil der Messe, sie kann aber aber auch davon getrennt werden, indem mit bereits consecrirten Hostien (cum praesanctificatis, daher missa praesanctificatorum) die Verwaltung des heiligen Mahles erfolgt. Diese Hostien werden in einem geweihten Gefäße, in Gestalt eines Kelches, mit einem Deckel versehen (ciborium) in dem am Altare befindlichen Tabernakel aufbewahrt. Sie dienen vorzüglich zu der außer der Kirche für Kranke und Sterbende zu vollziehenden Eucharistie (viaticum)[173]). Das Tridentinische Concil hat diesen Gebrauch ausdrücklich bestätigt[174]).

Die Verpflichtung, das heilige Mahl zu empfangen, bestand anfangs für alle Getauften, welche täglich in Verbindung mit dem Liebesmahle (Agape) auch das Sacrament genossen. Seit dem Aufhören der Agapen wurde das Abendmahl seltener von den Einzelnen gefeiert und es mußten deshalb Befehle gegeben werden. Daß wenigstens dreimal jährlich das heilige Abendmahl genossen werde, bestimmten die Synoden seit dem sechsten Jahrhundert[175]). Innocenz III. ver-

---

169) Sessio XXI. de communione sub utraque specie. cap. I. can. II. Catech. Trid. l. c. qu. LXIII.

170) Sessio XXI. cit. cap. III. can. III. Catech. Trid. l. c. qu. LXIV.

171) Sessio XXII. in fine. Decretum super petitione concessionis calicis. Vgl. über die Verhandlungen auf dem Concil Cyprian, tabularium ecclesiae Romanae seculi XVI. Francof. et Lips. 1743. 4.

172) So den Königen von Frankreich. S. Goetz, de calice ablutionis, vulgo Spülkelch (Luebeck 1711) 4. p. 11. Dahin gehört aber nicht die Sitte, den Communicanten aus einem nicht consecrirten Kelche nicht consecrirten Wein und Wasser zu reichen, damit von der Hostie nichts zwischen den Zähnen oder am Gaumen haften bleibe (vgl. Goetz cit.).

173) C. 9. can. XXVI. qu. VI. (Conc. Nic. a. 325. c. 12.): Si forte quis recedit ex corpore, necessario vitae suae viatico non defraudatur. — C. 93. dist. II. de consecr. (Capitularia lib. II. cap. 155.) C. 1. X. de custodia eucharistiae (III. 44.) Innocent. III. a. 1215.

174) Sessio XIII. de eucharistia c. VI.

175) Conc. Agath. a. 506 (c. 19. dist. II. de consecr.). Conc. Turon. a. 813 (c. 16. eod.).

fügte, daß nach vorangegangener Ohrenbeichte wenigstens einmal jährlich, in der Osterzeit, jeder zu den Entscheidungsjahren gelangte Christ bei seinem Pfarrer das Abendmahl empfangen solle, unter Androhung des Ausschlusses aus der Kirchengemeinschaft und Versagung des christlichen Begräbnisses[176]). Diese Vorschrift ist dann überall in der Kirche recipirt worden und durch das Tridentinum bestätigt. Si quis negaverit, omnes et singulos Christi fideles utriusque sexus, quum ad annos discretionis pervenerint, teneri singulis annis saltem in Paschate ad communicandum iuxta praeceptum sanctae matris ecclesiae, anathema sit[177]). Die Strafe, welche durch Geldopfer für milde Stiftungen vermehrt werden kann, ist latae sententiae und muß durch ein Decret des Bischofs ausgesprochen werden[178]). Das Alter ist nicht nach Jahren, sondern nach der Einsicht des Christen zu bestimmen[179]). Die Kirche erlaubt aber außerdem Taubstummen, Besessenen, ja selbst Sinnlosen unter Umständen, wenn keine Entweihung zu besorgen ist, das Abendmahl zu reichen[180]). Die Bestimmung der Osterzeit, in welcher communicirt werden soll, beruht auf speciellen Vorschriften in den einzelnen Diöcesen[181]). Rücksichtlich der Zeit, in welcher die Verwaltung des heiligen Mahles stattfinden darf, giebt es aber noch besondere Vorschriften. So ist streng verboten, in der Nacht des Weihnachtsfestes zu administriren, desgleichen am Charfreitage (feria VI in Parasceue) und am darauf folgenden Sonnabende (sabbatum sanctum)[182]). Das heilige Mahl soll nüchtern empfangen werden[183]). Ausgeschlossen vom Genusse sind Excommunicirte, offenkundig Lasterhafte und Unwürdige, so lange sie sich nicht gebessert haben[184]). Solche, die nur der Priester als Unwürdige kennt, darf er im allgemeinen aber nicht namentlich warnen oder abhalten, wenn dadurch öffentliches Aergerniß veranlaßt würde[185]). Dem zum Tode Verurtheilten ist das Sacrament nicht schlechthin zu versagen. Die Kirche nimmt auf Ortsgewohnheiten dabei besondere Rücksicht[186]).

---

176) Canon: Omnis utriusque sexus (21). Conc. Lateran. a. 1215, in c. 12. X. poenit. et remiss. (V. 38.)

177) Sessio XIII. de eucharistia can. IX. Verb. sessio XIV. de poenitentia can. VIII. Catech. Trid. l. c. qu. LVII—LIX.

178) Ferraris s. v. eucharistia art. I. nr. 25.

179) Catech. Trid. l. c. qu. LX. LXI. Ferraris l. c. nr. 30. 116.

180) Catech. Trid. l. c. qu. LXII. Ferraris l. c. nr. 31 sq.

181) Ferraris l. c. nr. 9. 10.

182) S. Benedict XIV. de sacrificio missae lib. III. c. XVIII. §. 13. 14. So Ferraris l. c. nr. 29. 101. 102.

183) Conc. Carthag. III. a. 397 c. 8. (c. 49. dist. I. de consecr.) u. a. Ferraris l. c. nr. 81.

184) C. 95. dist. II. de consecr. (Cyprian. a. 256). C. 96. eod. (Conc. Carthag. III. a. 397. c. 35.)

185) C. 2. X. de officio iud. ord. (I. 31.) Benedict XIV. de synod. dioec. lib. VII. c. XI.

186) S. Ferraris l. c. nr. 108. 134.

2) Res sacramenti ist die virtus unitatis et caritatis, die Vereinigung mit dem Herrn, dessen lebendiges Glied der ihn Aufnehmende wird[187]).

3) Res et sacramentum ist die veritas carnis et sanguinis, also daß das ganze Sacrament in seiner Vollkommenheit besteht[188]).

Mit der Lehre der römisch-katholischen Kirche vom Abendmahle stehen verschiedene heilige Einrichtungen in einem genauen Zusammenhange. Im Sacrament ist die Darbringung des Herrn ein Opfer in der Weise, daß das einmal von Christus selbst im Blute gebrachte Opfer von der Kirche auf unblutige Art wiederholt wird, um ihm also zu danken und den daraus fließenden Segen den Lebenden und Todten zu Gute kommen zu lassen. Der Hauptttheil des ganzen Gottesdienstes wird darnach das Meßopfer, welches in den Stiftskirchen täglich, in den Pfarrkirchen wenigstens an Sonn- und Festtagen öffentlich und feierlich vollzogen werden muß. Die Kirche verpflichtet ihre Mitglieder, der Messe beizuwohnen. Außerdem wird aber in minder solenner Form, ohne Rücksicht darauf, ob die Gemeinde zugegen ist oder nicht, unter bloßer Anwesenheit eines oder zweier Minister, Messe gelesen (sog. stille Messe, missa privata). Dies geschieht täglich, ausgenommen in den letzten drei Tagen der Charwoche, in der Zeit von Sonnenaufgang bis Mittag. Der Priester darf aber täglich nur Eine Messe lesen, ausgenommen am Weihnachtsfeste und vermöge besonders ertheilter Genehmigung der geistlichen Oberen (licentia binandi)[189]). — Die consecrirte Hostie, aufbewahrt in einem zu zeigenden Behältnisse (ostensorium, Monstranz; ciborium s. oben) bildet einen Gegenstand besonderer Verehrung (Venerabile, Sanctissimum)[190]). Das Tridentinum declarirt darüber: Si quis dixerit, in sancto eucharistiae sacramento Christum unigenitum Dei filium non esse cultu latriae etiam externo adorandum, atque ideo nec festiva peculiari celebritate venerandum, neque in processionibus secundum laudabilem et universalem ecclesiae sanctae ritum et consuetudinem solemniter circumgestandum, vel non publice, ut adoretur, populo proponendum, et eius adoratores esse idololatras: anathema sit[191]). Zur besonderen Feier ist das Frohnleichnamsfest (festum corporis Christi) eingeführt[192]), sowie das vierzigstündige Gebet[193]). Dagegen hat die Kirche mannigfache abergläubische

187) C. 6. X. de celebrat. missarum. Catech. Trid. l. c. qu. XLVII.

188) C. 6. X. cit.

189) Ueber alle die Messe betreffenden Punkte vgl. man Io. Bona, rerum liturgicarum libri duo. Paris 1672. 4. Gavanti, thesaurus sacrorum rituum (sehr oft herausgegeben). Benedict XIV., de sacrosancto Missae sacrificio. Gräser, die römisch-katholische Liturgie, Halle 1829, 2 Theile. Ranke, das kirchliche Perikopensystem (Berlin 1847) S. 115 flg.

190) Ferraris l. c. nr. 45 sq.

191) Sessio XIII. de eucharistiae sacram. can. VI. verb. cap. VI.

192) S. Bd. IV, S. 268.

193) Ferraris l. c. nr. 65 sq.

Mißbräuche, welche an die Kraft der Hostie geknüpft worden sind, verworfen, wie den Versuch, um Brand dadurch zu löschen, Besessene zu heilen u. a.[194]).

Die evangelische Kirche hat das heilige Abendmahl als Sacrament stets festgehalten, die von der römisch-katholischen Kirche aufgestellten Grundsätze über das Opfer und die daraus abgeleiteten Institutionen aber als schriftwidrig verworfen. Lutheraner und Reformirte weichen jedoch unter einander wieder mehrfach ab. Beide erklären sich gegen die Transsubstantiation, daher auch gegen die Anbetung des Venerabile, gegen die Entziehung des Kelches u. a. m. Ihre Differenz schließt sich zunächst an die Erklärung der Einsetzungsworte des heiligen Mahles: *τοῦτό ἐστι τὸ σῶμά μου — τοῦτο γάρ ἐστι τὸ αἷμά μου.* (Ev. Matth. XXVI, 26, 28. Marc. XIV, 22, 24. Luc. XXII, 19, 20, verb. I. Corinth. XI, 23—25). Luther erklärte, es liege darin eine reale und substantiale Gegenwart des Leibes und Blutes Christi, welche nicht durch Verwandlung der äußeren Elemente bewirkt werde, sondern durch eine übernatürliche, im Glauben zu erfassende, sacramentale Vereinigung (unio sacramentalis) des Leibes und Blutes des Herrn mit den geweihten Elementen, so daß Leib und Blut Christi in, mit und unter dem Brot und Wein gemischt empfangen werde[195]). Dieser sogenannten Consubstantiation entsprechend ist der lutherische Lehrbegriff gefaßt und im zehnten Artikel der Augsburgischen Confession[196]) also ausgedrückt: De coena Domini docent, quod corpus et sanguis Christi vere adsint et distribuantur vescentibus in coena Domini: et improbant secus docentes. Zwingli behauptete dagegen eine blos symbolische Gegenwart des Leibes und Blutes Christi beim Abendmahl, so daß Brot und Wein nur figura corporis et sanguinis Christi seien, das Testament im Abendmahl zu einer Feier des Wiedergedächtnisses Christi gegeben und die Worte *τοῦτό ἐστι* den Sinn haben: dies bedeutet (significat)[197]) Eine vermittelnde Meinung entwickelte Joh. Calvin. Zwingli tritt er darin bei, daß er die Elemente nur für eine figura, für symbola erklärt, daher die locale Gegenwart Christi im Abendmahl negirt; mit Luther behauptet er dagegen eine reale Gegenwart Christi, einen wirklich geistigen Genuß des Leibes Christi: Vitam spiritualem, quam nobis Christus largitur, non in eo duntaxat sitam esse

---

194) Ferraris l. c. nr. 83 sq. 107.

195) S. Sermon von der heiligen Messe — Schrift von der babylonischen Gefangenschaft. Die Schriften gegen Carlstadt: Vom gräulichen abgöttischen Mißbrauch des hochw. Sacramentes. — Wider die himmlischen Propheten u. m. a. (Walch, Luther's Werke Bd. XIX, XX.

196) Verb. Apologie der Conf. Art. IV. Schmalkald. Artikel Art. VI. Formula Concord. Epit. VII. solid. declar. VII.

197) Uslegen und gründ der schlußreden 1523. — Epistola ad M. Alberum de coena Domini 1524. — Klare Unterrichtungen vom Nachtmahl 1526. — Antwort auf Luther's Bekenntniß vom Abendmahl 1528 u. a. (in den Werken von Schuler und Schultheß).

confitemur, quod Spiritu suo nos vivificat, sed quod Spiritus etiam sui virtute carnis suae vivificae nos facit participes, qua participatione in vitam aeternam pascamur[198]). Daran schließen sich auch die Symbole der Reformirten[199]). Um eine Vereinigung herbeizuführen, änderte Melanthon 1540 die (oben mitgetheilten) Worte der Augsburg. Confession: De coena Domini docent, quod cum pane et vino vere exhibeantur, corpus et sanguis Christi, vescentibus in coena Domini. Zu einer förmlichen Ausgleichung ist es aber im Ganzen und Großen so wenig gekommen, daß vielmehr besonders um dieser verschiedenen Auffassung willen die Parteien sich auf's Heftigste befehdeten. Der seit der Mitte des vorigen Jahrhundertes zur Herrschaft gelangende Rationalismus schwächte die ganze Lehre ab, rief aber dann auf's Neue einen Gegensatz hervor, der der älteren Feindschaft um nichts nachsteht. Indessen fehlt es nicht an dem Streben nach einer Union der Evangelischen, welcher die Zukunft der Kirche zugehören wird[200]).

Die evangelische Kirche fordert beim heiligen Abendmahl die Vereinigung von drei nothwendig zusammengehörenden Momenten: Consecration, Austheilung und Genuß des heiligen Mahles. Die Materie sind Brot und Wein. Das Brot wird bald, wie in der katholischen Kirche, flach als einzelne Oblate, Hostie, gereicht, bald als Theil eines größeren Ganzen, welches gebrochen wird. Jenes ist bei den Lutherischen, dieses bei den Reformirten gewöhnlich, das Letztere auch als unirter Ritus. Der Wein bleibt ungemischt. Dem Administrirenden liegt es ob, sich vor der Austheilung davon zu überzeugen, daß nicht etwa ein Mißgriff dabei vorkomme[201]). Die Form besteht aus den drei genannten Actus (consecratio, distributio, acceptio). Die Formel bei der Austheilung ist nicht stets dieselbe. Luther giebt den Rath, zu sagen: der Leichnam unseres Herrn Jesu Christi wolle deine Seele bewahren zum ewigen Leben. Das Blut unseres Herrn u. s. w.[202]). In einzelnen Landeskirchen sind später andere Formen eingeführt, deren Gleichmäßigkeit dann auch vorgeschrieben wurde[203]). Gewöhnlicher sind nachher die Einsetzungsworte angenommen: Nehmet hin und esset. Das ist mein Leib u. s. w. Beim unirten Ritus: Unser Herr

---

198) Institutio religionis christianae (ed. I. 1535) lib. IV. cap. XVII. Catech. 1536. Confessio fidei de eucharistia 1539 u. a.

199) Confessio Helvetica II. cap. XXI. Gallicana art. XXXVI. Belgica art. XXXV.

200) Vgl. die Artikel: Abendmahl (von Julius Müller) und Abendmahlsstreitigkeiten (von Schenkel) in Herzog's Realencyclopädie für protestantische Theologie und Kirche (Hamburg 1854) B. I, S. 21 flg.

201) Vgl. Journal für Prediger 1835 Bd. I, S. 38, 39. Annalen der gesammten Theologie und Kirche (Bayreuth 1836) Mai 1836 S. 212.

202) Formula missae 1523 (Richter, Kirchenordn. B. I, S. 4. Walch, Luther's Werke B. XXII, S. 236).

203) M. s. z. B. für Preußen Mylius, Corp. Const. Brandenb. T. I, Abth. I, p. 446. Eichhorn, Kirchenr. B. II, S. 282.

und Heiland Jesus Christus spricht: Das ist mein Leib u. s. w.[204]). Der Minister ist ein Geistlicher. Luther erklärt darüber in dem Schreiben an die Protestanten in Linz 1530: „Daß ein Hausvater die Seinen das Wort Gottes lehrt, ist recht und soll so sein ... Es ist das Wort einem Jeglichen befohlen." Anders ist's mit dem Abendmahl, „weil er dazu nicht berufen, noch Befehl hat". Wird es ihm geweigert von dem ordentlichen, aber tyrannischen Kirchendiener, so kann er auch durch's Wort allein selig werden[205]). Nach den Schmalkaldischen Artikeln ist indessen im Nothfalle auch ein Laie befugt: in casu necessitatis absolvit etiam laicus et fit minister ac pastor alterius. Wo eine solche Ausnahme nicht vorhanden ist, ist jeder Parochian an seinen Pfarrer gewiesen, von dem er ein Dimissoriale empfangen muß, wenn er bei einem anderen Geistlichen communiciren will. Doch haben manche Gesetze den Pfarrzwang beim heiligen Abendmahle überhaupt ausgeschlossen[206]). Dem Empfange des Sacramentes geht bei den Lutheranern ordentlicher Weise die Beichte vorher, und nach manchen Gesetzen die persönliche Anmeldung[207]). Während die älteren Kirchenordnungen den Gliedern der Kirche den Genuß des heiligen Mahles wenigstens einmal im Jahre selbst unter Androhung von Strafen ernstlich vorschreiben[208]), ist dies später geändert, jedoch von der Theilnahme das volle Recht in Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung abhängig gemacht[209]). Ausgeschlossen vom heiligen Mahle sind Unwürdige. „So der Pfarrherr oder Bischof siehet, daß sie die Worte der Einsetzung verstehen, soll er darauf auch Acht haben, ob sie mit ihrem Leben oder Sitten solchen ihren Glauben und Verstand beweisen ... das ist, so er

---

204) Vgl. Sack in Schneider's: teutsche Zeitschrift für christliche Wissenschaft (Berlin 1851) Nr 14. S. 111 flg.

205) De Wette, Luther's Briefe Th. V, S. 39.

206) So spricht das preußische Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 422 nur von Trauungen, Taufen und Begräbnissen, bei denen es der Einwilligung des Pfarrers bedarf, wenn Jemand bei einem anderen Geistlichen die Handlung vornehmen lassen will. S. auch ostpreuß. Provinzialr. Zusatz 180.

207) Diese, bereits von Luther verlangt (s. Werke von Walch B. X, S. 2764 „sie selbst sollen den Pfarrer bitten, daß er ihnen das heilige Sacrament wollte reichen, auf daß er ihre Namen kenne, und was sie vor ein Leben führen, wissen möge."), ist z. B. wieder eingeschärft durch das Consistorium der Provinz Brandenburg unterm 22. Mai 1852.

208) M. s. z. B. sächs. Generalartikel von 1557 und 1580 (Richter, Kirchenordn. B. II, S. 180. 439). Luther selbst erklärt darüber: „Ist Jemand, der so schwach ist, daß er den Stoß nicht hat mögen tragen, und zweifelt am Sacrament, der laß ihm rathen und bleibe dieweil ohne Sacrament ... Du bist nicht verdammt, ob du ohne das Sacrament bleibst." — „Man muß beim Sacrament säuberlich fahren und nicht eine gemeine Ordnung daraus machen, wenn und wie oft, auch daß Jeglicher, ohne Unterschied, zu diesem Sacrament gehe u. s. w." (Werke von Walch XX, 50, 270 u. a.)

209) M. s. z. B. rheinisch-westphälische Kirchenordnung von 1835 §. 3, 10, 22 u. a. Grundzüge einer Gemeindeordnung für die östlichen Provinzen des preuß. Staates v. 29. Juni 1850 u. a.

siehet einen Hurer, Ehebrecher, Trunkenbold, Spieler, Wucherer, Afterreder, oder sonst mit anderen öffentlichen Lastern berüchtiget, den soll er allerdings vom Abendmahl ausschließen, er beweise denn mit kündlichen Anzeigen, daß er sein Leben geändert und gebessert hat[210]). Demgemäß schreiben die Gesetze vor, daß, wenn Ermahnungen nicht gefruchtet haben, der Geistliche nach eingeholter Genehmigung der vorgesetzten Behörde den Ausschluß vom heiligen Mahle dem Parochian eröffne[211]). Wo Presbyterien bestehen, ist diesen die selbstständige Entscheidung überlassen[212]). Daß Geistliche, welche allein an einer Gemeinde stehen, sich selbst das Abendmahl reichen dürfen, ist bisweilen anerkannt[213]), öfter aber verboten[214]). Der Ritus und die Liturgie schließt sich bei den Lutheranern mehr an die älteren katholischen Formen an, als dies bei den Reformirten der Fall ist.

4) **Beichte und Buße**[215]).

5) **Die letzte Oelung**[216]).

Die römisch-katholische Kirche gründet auf Evg. Marci VI, 13 und den Brief Jacobi V, 14, 15 die letzte Oelung (sacra unctio), als ein eigenes Sacrament (sacramentum exeuntium), welches bei Todtkranken oder Sterbenden mit dem heiligen Abendmahl (viaticum) zusammen angewendet wird. Während im vierten Jahrhundert bei der Reconciliation Sterbender nur von der Mittheilung des Viaticum die Rede ist[217]), nennt Innocenz I. im Jahre 416 das benedicere et tangere

210) Luther's Werke von Walch X, S. 2766.

211) M. s. z. B. preuß. Rescript v. 27. März 1748 (Mylius, corp. Const. Marchicarum T. III. Fol. 1247). Allgem. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 86 flg. — Erlaß des kgl. sächs. Cultusministeriums v. 17. Jan. 1852 (v. Moser, allgem. Kirchenblatt für das evang. Teutschland 1852 S. 123 flg.)

212) Cabinetsordre vom 21. Juni 1844 und vom 20. August 1847 für die preuß. Rheinlande und Westphalen.

213) So in Würtemberg 1668 (s. allgem. Kirchenzeitung 1525 Nr. 153. Rußwurm, das Selbstcommuniciren der evangel. Geistlichen (Hannover 1829) S. 10.

214) Verordnung v. 10. Jan. 1660 für die Oberlausitz, v. 16. Mai 1647 für Brandenburg u. a.

215) Vgl. die Artikel in Bd. I u. II. Zu der daselbst angeführten Literatur ist jetzt noch hinzuzufügen: Steitz, das römische Bußsacrament, nach seinem biblischen Grunde und seiner geschichtlichen Entwickelung, Frankfurt a. M. 1854. Desselben, die Privatbeichte und Privatabsolution der lutherischen Kirche aus den Quellen des 16. Jahrh., hauptsächlich aus Luther's Schriften und den alten Kirchenordnungen dargestellt, Frankfurt a. M. 1854.

216) Quellen und Literatur. Conc. Trid. sess. XIV. de sacramento extremae unctionis. Catech. Trid. Pars II. c. VI. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. VII. c. XVI. sq. Augusti, Denkwürdigkeiten Bd. IX, S. 455 —493 (Literatur cit. S. 464). Binterim, die vorzügl. Denkwürdigkeiten Bd. VI, Th. III, S. 217—362. Joh. Gläser, das heilige Sacrament der Krankenölung, Regensburg 1831. Das Sacrament der letzten Oelung, in der Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie (Coblenz 1839) Heft XXX, S. 38—81.

217) Conc. Nic. a. 325. c. 12. (c. 9. can. XXVI. qu. VI.)

chrismata ein genus sacramenti[218]), sowie Innocenz III. im Jahre 1204 die unctio invisibilis et interior, mit Berufung auf den Brief Jacobi[219]). Nach mannigfachen Zweifeln[220]) sind durch die Scholastiker die Elemente des Sacramentes in üblicher Weise festgestellt und endlich hat das Tridentinische Concil declarirt: Si quis dixerit, extremam unctionem non esse vere et proprie sacramentum a Christo Domino nostro institutum et a beato Iacobo Apostolo promulgatum, sed ritum tantum acceptum a Patribus, aut figmentum humanum, anathema sit[221]). Es besteht

1) das sacramentum tantum in der Salbung. Die Materie ist das vom Bischof consecrirte Olivenöl (oleum infirmorum), ohne dessen Anwendung das Sacrament kraftlos sein würde[222]). Die Salbung selbst erklärte man öfter für materia proxima; doch zieht man diese auch zur forma selbst, die im engeren Sinne auf das bei der Handlung gebrauchte Gebet beschränkt wird. Es werden die sieben Organe bestrichen und dabei die Worte angewendet: Per istam sanctam unctionem indulgeat tibi Deus quicquid oculorum (narium, tactus etc.) vitio deliquisti[223]). Im Nothfalle genügt das Bestreichen Eines Theiles des Körpers und die Erwähnung aller[224]). Zeit und Ort sind unbeschränkt. Der Minister des Sacramentes ist jeder Priester. Da im Briefe Jacobi presbyteri genannt werden, hat das Tridentinum declarirt: Si quis dixerit, presbyteros ecclesiae, quos beatus Iacobus adducendos esse ad infirmum inungendum hortatur, non esse sacerdotes ab episcopo ordinatos, sed aetate seniores in quavis communitate, ob idque proprium extremae unctionis ministrum non esse solum sacerdotem, anathema sit[225]). Das Subject ist ein Todtkranker oder tödtlich Verwundeter, welcher die Taufe empfangen, den Gebrauch der Vernunft hat, wenn er auch im Augenblicke der Ertheilung derselben nicht fähig ist. Unbußfertige sind ausgeschlossen. Im Fall des Zweifels, ob der zu Salbende noch lebt, wird mit Hinzufügung einer Bedingung gesalbt.

---

218) C. 3. dist. XCV.

219) C. un. §. 1. X. de sacra unctione (I. 15.).

220) M. s. z. B. die Glosse zum c. 3. de secundis nuptiis, v. iterari. Quid impedit, unctionem extremam iterari, cum non sit sacramentum, sed oratio super hominem. (Die editio Romana verweist dagegen auf das Tridentinische Concil.)

221) Sessio XIV. cit. can. 1.

222) Catech. Trid. cit. qu. V. Daß auch im Nothfalle nur vom Bischof consecrirtes Oel gebraucht werden müsse, ist wiederholt entschieden. So unterm 15. Januar 1655 und 14. September 1842. (Frick, kath. Kirchenztg. 1843 Nr. 19). S. überhaupt Ferraris, bibliotheca canonica s. v. extrema unctio nr. 5 sq.

223) Catech. Trident. cit. qu. VI. VII. Rituale Romanum tit. de extrema unctione.

224) Ferraris l. c. nr. 18 sq.

225) Sessio XIV. cit. c. 3. can. 4. Catech. Trid. qu. XIII.

Wiederholung des Sacramentes, nur nicht in derselben Krankheit, ist zulässig [226]).

2) Res sacramenti ist die Gnade, welche aus der Salbung des Körpers auf den Geist übergeht (inunctio interioris animi) [227]).

3) Sacramentum et res ist die Versöhnung Gottes mit dem sterbenden Sünder, dem auch, wenn es zu seinem Heile dient, noch das Leben gefristet wird [228]).

Die evangelische Kirche hat dies Sacrament als solches nicht angenommen. Luther erklärte, daß die in der heiligen Schrift erwähnte Salbung eine solche war, die mit einer wunderbaren Wirkung, wie sie nur von den Aposteln ausgehen konnte, verbunden war [229]) und ähnlich sprach sich auch Calvin aus [230]). Daher haben die Symbole sie zurückgewiesen [231]); die Ertheilung des heiligen Abendmahles an Kranke ist dagegen besonders empfohlen und üblich [232]).

6) Die Ehe [233]).

7) Die Priesterweihe [234]).

Sacramentalien (sacramentalia, ritus sacramentales) [235]) sind solche heilige Handlungen der römisch-katholischen Kirche, welche den Sacramenten nahe stehen, sich aber wegen des Mangels eines wesentlichen Bestandtheiles von ihnen unterscheiden. Sie haben nämlich das sacramentum tantum, also eine bestimmte materia, forma und den minister; es fehlt ihnen aber die res sacramenti, die höhere Begnadigung, mithin auch die Verbindung von sacramentum und res. Zu den eigentlichen Sacramentalien gehören die verschiedenen Salbungen, Weihungen und Segnungen; im weiteren Sinne werden aber auch andere religiöse Acte unter diesen Begriff gebracht, wie Verehrung der Reliquien, der Heiligen, der Bilderdienst, Processionen, Fasten u. a. Die dabei in Betracht kommenden rechtlichen Bestimmungen sind bereits theils im

226) Catech. Trid. qu. IX. XI.

227) C. un. §. 1. X. cit. (I. 15.)

228) Catech. Trid. qu. XIV. Ferraris l. c. nr. 45 sq.

229) Werke von Walch Bd. XVI, 1510. XIX, 141 flg. 1250.

230) Instit. relig. christ. lib. IV. cap. XIX. §. 18. 19.

231) Apologie der Augsb. Conf. Art. VII. Confessio Helvet. I. cap. XIX. Declaratio Thoraniensis a. 1645 art. VI.

232) S. Conf. Helvetica I. cap. XXV. Die Kirchenordnungen des 16. Jahrhundertes (s. Citate bei Richter Bd. II, S. 517. L.) Sixt., für die Krankencommunion, in Ullmann u. a. theologischen Studien und Kritiken 1848 H. IV, S. 1041 flg.

233) Vgl. den Art. in Bd. III.

234) Vgl. den Art. Weihen.

235) S. Zeitschrift für Philosophie und kathol. Theologie (Coblenz 1839) H. XXXI, S. 212—218. H. XXXII, S. 114—152. Maly, über die Sacramentalien, in Pletz, neue theologische Zeitschrift, Jahrg. XI., (Wien 1838) H. IV, V.

Artikel: Consecration (Bd. III, S. 38 flg.), theils bei den einzelnen Gegenständen mitgetheilt. Wegen des Rituellen selbst geben die Agenden und Ritualien die näheren Nachweisungen.

H. F. Jacobson.

Schade, Schadenersatz[1]). I. Begriff von Schade und Interesse. Der lateinische Ausdruck damnum sowie das teutsche Wort Schade im weitesten Sinne bezeichnet jeden Verlust eines gewissen Gutes, welchen man entweder schon erlitten oder wenigstens zu befürchten hat. Der zu befürchtende Schade heißt damnum infectum[2]), und es gestattet das römische Recht in gewissen Fällen eines solchen Rechtsmittel, wie die operis novi nunciatio und die cautio damni infecti. Der wirklich zugefügte Schade (damnum factum) ist verschiedenartig nach Verschiedenheit des Gegenstandes, nämlich des Gutes, was man einbüßen kann. Der Verlust ist nämlich möglich am Leben, an der Gesundheit, an der Freiheit, an der Ehre, am Vermögen. In der Lehre vom Schaden und Schadenersatz bezeichnet damnum und Schade den dem Vermögen zugefügten Verlust[3]), und zwar zunächst den Verlust, die wirkliche Verminderung des bereits erworbenen Vermögens (sog. positive Schade, sog. damnum emergens, bei den Römern damnum im engsten Sinne) im Gegensatze des lucrum und commodum[4]), des entgangenen Gewinnes, der Vermittelung und Entziehung einer Vermehrung des Vermögens, zu welcher man gegründete Hoffnung hatte (sog. negativer Schade, sog. lucrum cessans)[5]), während

---

1) 1) Quellen: Cod. (VII. 47.) de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur, und zahlreiche Digestenstellen. 2) Literatur: die ältere siehe bei Vangerow, Leitfaden §. 571, Bd. III, S. 37 der 3. Auflage. Neuere Schriften sind: Schömann, Lehre vom Schadenersatz, 2 Thle., Gießen 1806 (s. auch dessen Hdbch. d. Civilr. Bd. I, N. 5). Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatz, Leipzig 1823. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadenersatze nach römischem Rechte, Heidelberg 1841. Die besondere Darstellung vom Schadenersatz als einer geschlossenen Lehre auch in den Lehrbüchern und die Hereinziehung der Entstehungsgründe dazu und der besonderen Voraussetzungen derselben, einschließlich der Lehre vom dolus, culpa und casus, und die Behandlung als Theil des Obligationenrechtes greift als unsystematisch an Sintenis, gemein. Civilr. Bd. II, S. 67, N. 1, während er in Monographien über diese Lehre ein solches Zusammengreifen allerdings für nothwendig erachtet, dagegen aber die Frage mit Recht aufwirft, ob die organisch sehr verschiedenartigen Materien sich zum Gegenstande Einer Monographie eignen. Wir folgen hauptsächlich Sintenis a. a. O. §. 86, Bd. II, S. 67 flg.

2) L. 2. D. (39. 2.)

3) In L. 5. §. 5. D. (9. 3.) kommt der Ausdruck damnum pecuniarium vor.

4) In L. 3. §. 3. D. (39. 2.) heißt es: Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. Der Gegensatz zwischen damnum und lucrum oder commodum kommt vor in L. 11. D. (3. 5.) L. 2. §. 8. D. (13. 4.) L. 23. §. 1. L. 30. D. (17. 2.) L. 26. D. (39. 2.) L. 6. §. 11. D. (42. 8.) L. 11. pr. D. (36. 1.) L. un. C. (VII. 47.)

5) L. 13. pr. D. (46. 8.) drückt den Unterschied so aus: quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

damnum und Schade im weiteren Sinne auch den negativen Schaden mit begreifen[6]). Die wirkenden Ursachen des Schadens sind entweder casus oder culpa im weitesten Sinne; letztere begreift sowohl den dolus als die culpa im engeren Sinne, als auch die mora. Wegen der Verbindlichkeit zur Prästation des Schadens, je nachdem er aus einer dieser Ursachen entstanden ist, ist theils auf schon erschienene, theils auf künftige Artikel zu verweisen[7]). Der Ausdruck Interesse im weitesten Sinne bezeichnet den pecuniären Werth der Leistung, welche aus einer Obligation geschuldet wird, für den Gläubiger. Jede Leistung aus einer Obligation muß einen solchen pecuniären Werth für den Gläubiger haben, um Inhalt einer Obligation zu sein. In dieser allgemeinen Beziehung betrifft jede Obligation einen Vermögenswerth. Insbesondre kommt derselbe aber in rechtlichen Betracht, wenn die schuldige Leistung nicht erfüllt worden ist und deren Erfüllung nicht vermittelt werden kann oder wenn er selbst deren Gegenstand war, und zwar deshalb, weil nun zum Behuf der Verurtheilung der Umfang und Betrag des Vermögenswerthes bestimmt und in Gelde berechnet werden muß. In beiden Fällen ist die Leistung des Vermögenswerthes zugleich ein Ersatz, im ersten dafür, daß die Leistung gar nicht oder nicht der Obligation gemäß erfolgt ist, im zweiten anstatt des Gegenstandes, hinsichtlich dessen die Obligation zur Leistung seines Werthes entstanden ist, in beiden für einen Vermögensnachtheil oder Schaden, welcher dem Gläubiger zugefügt worden ist oder zugefügt werden würde und dessen Ausgleichung erfolgen soll. Ist der ursprüngliche Gegenstand der Forderung eine Geldsumme, so ist dafür eine solche Berechnung nicht nöthig und es kann auch von keinem Ersatze die Rede sein; beides kann aber hinsichtlich etwaiger Modalitäten der Zahlung, namentlich in Ansehung der Zeit und des Ortes, eintreten[8]). Nach diesen Bemerkungen kann die Schadensforderung bald eine selbstständige und ausschließliche, bald eine accessorische, eine Erweiterung der Hauptforderung sein. Auf die Entstehung und die Voraussetzungen der Obligationen kommt es hierbei nicht weiter an. Den zweiten Fall anlangend, wird der Schadenersatz namentlich dann unmittelbarer Gegenstand einer Obligation, wenn der Schade durch eine Handlung oder ein Ereigniß außerhalb eines bestehenden Obligationsverhältnisses entstanden ist und durch diese Thatsache erst zwischen dem Beschädigten und demjenigen, welcher ihr Urheber oder sie zu vertreten hat, jene Obligation selbst begründet wird[9]). Den Vermögenswerth im allgemeinen bezeichnen die Römer mit dem Ausdrucke quanti ea res est. Derselbe Ausdruck kommt aber auch im engeren Sinne in verschiedenen Bedeutungen vor, so daß derselbe nicht

---

6) L. 33. pr. D. (9. 2.) L. 11. pr. D. (10. 4.) L. 2. §. 11. D. (43. 8.)

7) Vgl. die Artikel Betrug Bd. II, S. 97 flg. Casus ebd. S. 572 flg. Culpa Bd. III, S. 83 flg. und den künftigen Artikel Verzug.

8) L. 3. D. (12. 3.)

9) Sintenis a. a. O. S. 67 flg.

überall im allgemeinen Sinne genommen werden darf, vielmehr es erst einer näheren Bestimmung bedarf, um zu ermitteln, in welchem Sinne er genommen worden ist; die Stellen, in denen eine solche nähere Bestimmung sich findet, sind nicht als allgemeine Definitionen zu nehmen, weil sie sonst Widersprüche enthalten würden[10]).

II. Feststellung und Ermittelung des Vermögenswerthes einer Forderung. Dieselbe verlangt je nach den Umständen verschiedene Rücksichten: A. In einigen Fällen kommt nur der absolute Werth eines Gegenstandes, verum pretium, vera aestimatio rei, d. i. der Kaufpreis oder Marktpreis, in Anschlag. Res bezeichnet hier nicht blos Sachen, sondern auch Rechte, daher nicht blos an den Eigenthumswerth, sondern auch an den von Rechten gedacht wird[11]). Die Fälle, in welchen nur der wahre Werth des Gegenstandes gefordert werden kann, sind die Ausnahmen; es sind dies die Fälle, in welchen der Schuldner eine Sache leisten soll, welche er nicht hat und nicht erlangen kann, ohne weder im Verzug zu sein, noch sich in irgend einer Schuld zu befinden[12]). Nicht blos im Obligationenrechte, sondern auch in anderen

---

10) Der Ausdruck quanti res est, der sehr gewöhnlich in dem letzten Theil der formula iudicis, die condemnatio aufgenommen wurde, kann erstlich bedeuten, so viel die streitige Sache nach gewöhnlichen Preisen werth ist (vera rei aestimatio, Sachwerth), zweitens, soweit der Berechtigte bei dem vorliegenden Rechtsstreite oder bei der vorliegenden Verletzung interessirt ist (id quod interest, Interesse). Die erstere Bedeutung ist die buchstäblichere, die letztere schließt sich mehr dem Sinne und inneren Wesen der Rechtsverhältnisse an; erstere ist in der älteren Zeit, letztere in der späteren vorherrschend. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 441 flg. In der ersteren Bedeutung kommt der Ausdruck vor z. B. in L. 193. D. (50. 16.) L. 4. §. 11. D. (47. 4.) L. un. §. 4. D. (II. 3.); in der letzteren z. B. in L. 14. §. 7. D. (4. 2.) L. 68. D. (6. 1.) L. 21. §. 2. D. (9. 2.) L. 4. §. 7. L. 28. D. (39. 2.) L. 3. §. 11. D. (43. 17.) L. 1. §. 5. D. (43. 4.) L. 3. pr. L. 8. §. 2. D. (46. 8.) L. 17. pr. L. 18. pr. D. (4. 3.) L. 11. D. (46. 5.) Namentlich hat der Ausdruck quanti res est in den Condemnationsformeln der auf Restitution einer Sache gerichteten actiones in rem und in personam und der auf Restitution gerichteten Interdicte die Bedeutung des Interesse, welches die Restitution für den Kläger hat. In L. 179. 193. D. (50. 16.) wird nun allerdings gesagt, daß der Ausdruck quanti ea res est, oder quanti eam rem esse paret, blos die vera rei aestimatio, nicht das id quod interest, bezeichne; es kann aber aus diesen Stellen dafür, daß dieser Ausdruck blos die erstere Bedeutung habe, um so weniger etwas entnommen werden, als abgesehen von dem Widerspruche, in welchen diese Stellen dann mit anderen treten würden, wo der Ausdruck das id quod interest bezeichnet, sie aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange gerissen sind, und wenn dieser bekannt wäre, wohl jeder Widerspruch verschwinden würde. Vermuthungen über den ursprünglichen Zusammenhang aus den Inscriptionen beider Stellen stellt auf Savigny a. a. O. S. 459. Ebenso verhält es sich mit dem Ausdruck litis aestimatio. Vgl. L. 7. §. 1. D. (6. 2.) L. 1. D. (9. 4.) L. 16. §. 6. L. 25. §. 10. L. 29. (10. 2.) L. 5. §. 1. D. (13. 6.) L. 30. D. (16. 3.) Sintenis a. a. O. S. 69, N. 5.

11) L. 9. D. (11. 7.)

12) Vgl. über diese Fälle Sintenis, gem. Civilr. §. 90 unter I. Bd. 2, S. 149. Siehe L. 37. D. (17. 1.) L. 45. D. (18. 1.) L. 13. pr. §. 1.

Rechtstheilen kommen die Fälle vor, in welchen der absolute Werth des Gegenstandes in Anschlag gebracht wird[13]). Der Werth wird, wenn andere geeignete Mittel mangeln, durch das Gutachten Sachverständiger ermittelt. B. In anderen Fällen kommt der relative Werth in Anschlag, d. h. derjenige Werth, welchen der Gegenstand unter den vorliegenden besonderen Umständen für den Gläubiger hat, was die Römer mit id quod interest, quanti interest, quantum interest, quod interest bezeichnen[14]), wir Interesse im engeren eigentlichen Sinne nennen. Das Interesse begreift den Gesammtbetrag dessen, um was das Vermögen des Gläubigers ohne den Eintritt des schädlichen Ereignisses größer sein würde, sowohl rücksichtlich des positiven als des negativen Schadens[15]). Das Interesse kann sich zum absoluten Sachwerthe auf dreifache Weise verhalten. Erstlich kann der Betrag beider ganz gleich sein, was häufig der Fall sein wird, namentlich dann, wenn eine Sache Gegenstand der Leistung ist, welche nicht mehr vorhanden ist, und es an

---

D. (19. 1.) L. 33. L. 71. §. 3. D. (30.) Wenn Puchta, Pandekt. §. 224 sie näher dahin bezeichnet, wenn es an der Voraussetzung eines erlittenen Schadens fehle, so ist dies bei der Ausdehnung dieses Begriffes auch auf den entgangenen Gewinn nicht so treffend, als wenn man mit Sintenis a. a. O. S. 69, N. 6 vielmehr voraussetzt, wenn den Schuldner keine Schuld trifft, daß er den Gegenstand selbst überhaupt nicht oder nicht der Obligation gemäß leistete oder leisten konnte, obwohl dieser Satz kein allgemeiner ist; vgl. L. 19. §. 1. D. (19. 2.)

13) Z. B. L. 60. §. 1. L. 62. §. 1. L. 63. D. (35. 2.) Ebenso wurde bei manchen Pönalklagen, welche auf den mehrfachen Sachwerth gingen, ebenfalls die vera rei aestimatio zum Grunde gelegt. L. 50. pr. D. (47. 2.) L. 2. §. 13. D. (47. 8.) L. 14. §. 7. D. (4. 2.) Ob über die actio furti die Römer selbst dabei verschiedene Ansichten hatten, darüber vgl. Savigny a. a. O. S. 446 flg. Puchta a. a. O.

14) Der Ausdruck id quod interest bezeichnet, wenn man nichts hinzudenkt, dem Wortverstande nach den Unterschied zwischen dem Vermögen, wie es wirklich ist und wie es ohne das eingetretene schädliche Ereigniß sein würde. Eigentlich muß aber hinzugedacht werden: hoc vel illud factum non esse, oder auch positiv hoc vel illud fieri; doch ist letzteres gewöhnlicher bei quanti interest. Auch dieser Begriff hat, wie der des quanti ea res est, eine doppelte Bedeutung; erstlich begreift er den positiven sowohl als negativen Schaden rücksichtlich ihres Einflusses auf den Gesammtbetrag des Vermögens des Gläubigers, z. B. in L. 14. §. 2. D. (13. 5.) L. 33. D. (19. 2.) L. 1. §. 41. L. 6. D. (43. 16.) L. 15. §. 7. D. (43. 24.) L. 13. pr. D. (46. 8.) L. un. C. (VII. 47). In gleicher Bedeutung kommt utilitas und utilitates (auch amissa) vor, wie in L. 22. pr. D. (9. 2.) L. 9. §. 8. D. (10. 4.) L. 2. §. 8. D. (13. 4.) L. 21. §. 3. D. (19. 1.) L. 1. §. 41. D. (43. 16.) Zweitens und vorzugsweise bezeichnet id quod interest den das verum rei pretium übersteigenden Schaden, welcher neben dem wahren Sachwerthe oder außer demselben oder nach Umständen nur allein verlangt werden kann, z. B. in L. 21. §. 2. D. (9. 2.) L. 1. pr. D. (19. 1.) L. 1. §. 20. D. (27. 3.) Bei dem Begriff des Interesse kommt immer eine bestimmte Person in Betracht; daher wird auch häufig gesagt: quanti actoris, creditoris interest, quanti sua interest. Sintenis a. a. O. S. 69, N. 8.

15) Daher unterscheiden auch die Neueren bisweilen ein interesse damni emergentis und lucri cessantis. Glück, Erl. der Pand. Bd. IV, S. 445.

besonderen Umständen gebricht, wodurch sie in den Augen des Gläubigers einen besonderen höheren Werth erhält. Zweitens kann bei dem Dasein solcher besonderen Umstände, wodurch die Sache für den Gläubiger einen höheren Werth erhält, wo er also einen besonderen Nachtheil dadurch erlitten hat, daß ihm die Sache selbst nicht geleistet wurde, das Interesse mehr betragen, als der Sachwerth, welcher hier allein den Schaden des Gläubigers nicht ausgleichen würde [16]). Drittens kann der Betrag des Interesse geringer sein, als der Sachwerth, was namentlich dann der Fall ist, wenn der Gläubiger gegen Empfang der Sache eine Gegenleistung zu prästiren hat, welche er jedoch wegen Nichtleistung jener Sache nicht zu leisten braucht; dann tritt nämlich insoweit eine Abrechnung und gegenseitige Aufhebung ein und es wird nur der Schade des Gläubigers, insofern er mehr beträgt, angeschlagen [17]); in solchen Fällen kann sogar ein Interesse ganz verschwinden, wie wenn der Werth der ihrer Natur nach dem Steigen und Fallen der Preise unterliegenden Sache unter den Betrag der Gegenleistung herabgesunken ist und ihre Leistung ganz unterbleibt [18]). Wo es nicht auf eine bestimmte Sache ankommt, kommt ein absoluter Werth des Inhaltes der Forderung in der Regel gar nicht zur Sprache; ausnahmsweise nur dann, wenn Handlungen Gegenstand einer Obligation sind, für welche bestimmte oder allgemein übliche Preise bestehen, wie dies bei Arbeiten gewisser Art der Fall ist; in einem solchen Falle kommt das Interesse allein in Frage. — Die Feststellung der Schadenssumme (litis aestimatio bei den Römern) [19]) erfolgt, wenn nicht statt des Ersatzes eine bestimmte Summe verabredet ist (sog. id quod interest conventum), welche jede Feststellung überflüssig macht und bei welcher es sein Bewenden behält, je nach verschiedenen Voraussetzungen auf doppelte Weise, nach dem Sprachgebrauche der Römer entweder officio iudicis oder durch das iusiurandum in litem [20]). Die erstere Art der Ermittelung wird so bezeichnet mit Rücksicht auf den römischen Formularproceß in der Art, daß sowohl die Zulässigkeit der nöthigen Erörterung überhaupt, als die Beurtheilung und Bestimmung der Summe dem officium iudicis überlassen ist. Sie ist auch in unser processualisches Verfahren im ganzen nach dessen allgemeinen Grundsätzen übergegangen. Bei der Feststellung der Schadenssumme, sie mag auf die eine oder andere Weise geschehen, tritt, da die Frage von dem Betrage des Schadens durchaus eine factische ist, immer richterliche Erwägung und Beurthei-

---

16) Vgl. z. B. L. 22. pr. D. (9. 2.) L. 1. pr. L. 21. §. 3. D. (19. 1.) L. 67. §. 1. D. (47. 2.) L. 12. C. (IV. 49.)

17) Vgl. z. B. L. 9. §. 8. D. (10. 4.) L. 3. L. 12. §. 2. D. (13. 1.) L. 3. §. 11. D. (43. 17.)

18) Sintenis a. a. O. S. 70.

19) Vgl. L. 11. D. (42. 1.) Auch das in litem iurare bedeutet die Schadenssumme durch den Eid feststellen.

20) Der Gegensatz findet sich in L. 15. §. 9. D. (43. 24.)

lung ein. a) Regelmäßig liegt, wenn nicht die Voraussetzungen des iusiurandum in litem vorliegen, demjenigen, welcher Schadenersatz beansprucht, die Aufstellung der Schadensberechnung und der Beweis der thatsächlichen Grundlage derselben ob[21]). Es ist daher der eingetretene Schade in seinen bestimmten Erscheinungen und Aeußerungen und sein Betrag genau zu behaupten und zu beweisen. Die Schätzung des Schadens geschieht nach folgenden Regeln: 1) Der Schade oder das Interesse ist entweder ein unmittelbares oder mittelbares, je nachdem der Schade unmittelbar durch ein gewisses vom Schuldner zu vertretendes Ereigniß veranlaßt ist, oder derselbe durch andere mit diesem Ereignisse zusammentreffende Umstände eine weitere Ausdehnung gewinnt (sog. directes und indirectes Interesse)[22]). Dieser weitere Umfang des Schadens reicht aber nur so weit, als der eingetretene wirkliche Nachtheil mit dem widerrechtlichen Ereignisse nothwendig zusammenhängt[23]) und unvermeidlich aus demselben folgt, und der entgangene Gewinn sicher vom Gläubiger gemacht worden wäre, also der Gewinn, welcher nach menschlich sicherer Voraussicht eingetreten wäre, wenn jenes Ereigniß nicht erfolgt wäre, oder welcher vom Gläubiger als beabsichtigt und nach menschlicher Voraussicht als wahrscheinlich erscheint[24]). Das sog. Affectionsinteresse, d. i. der Werth einer Sache,

21) §. 7. Inst. (III. 16.) L. 11. D. (46. 5.) L. 5. §. 2. D. (2. 7.)

22) L. 45. D. (18. 1.) bezeichnet den unmittelbaren Schaden durch teneri rei ipsius nomine, den mittelbaren durch damnum, quod ex eo contingit. Beispiele des mittelbaren Schadens enthalten L. 22. pr. §. 1. D. (9. 2.) L. 54. D. (31.) L. 13. pr. §. 1. 2. D. (19. 1.) L. 19. §. 1. D. (19. 2.) L. 2. §. 8. D. (13. 4.)

23) Beispiele enthalten die Stellen der vorigen Note und L. 21. §. 3. D. (19. 1.)

24) Diese Sätze sind bis in die neuere Zeit von den Civilisten ziemlich allgemein anerkannt worden. S. Glück, Erl. der Pand. Bd. IV, S. 444. Seuffert, Erörter. Abth. I, S. 153. Vangerow, Leitfaden Bd. III, S. 43. Dagegen will Puchta, Pand. §. 225 in der Regel individuelle Umstände und Verhältnisse nur bei dem positiven Schaden in Anschlag gebracht wissen, nicht bei dem Gewinn; dieser soll nur als der gemeine, durch die Sache und ihre Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem) verstanden, und nur bei dem Ortsinteresse soll auf jeden erweislich entgehenden Gewinn, auch den, welcher auf solchen Umständen beruht, Rücksicht genommen werden. Mit Recht erkennt Sintenis a. a. O. Bd. II, S. 72, N. 21 einen solchen Unterschied nicht an. Viele Stellen sprechen bei Obligationen der verschiedensten Art davon, daß der entgangene Gewinn ersetzt werden müsse, daher dies als ein allgemeiner Satz erscheint. Vgl. §. 10. Inst. (IV. 3.) L. 33. pr. D. (9. 2.) L. 2. §. 8. D. (13. 4.) L. 19. D. (22. 1.) L. 33. D. (19. 2.) L. 11. pr. D. (36. 1.) L. 2. §. 11. D. (43. 8.) L. 1. §. 41. D. (43. 16.) L. 13. pr. D. (46. 8.) L. 7. C. (V. 51.) L. un. C. (VII. 47.) Deput. Abschied zu Speier von 1600 §. 139. Es wird aber dagegen der Widerspruch geltend gemacht, in welchem L. 19. D. (18. 6.) L. 2. §. 8. D. (13. 4.) L. 21. §. 3. D. (19. 1.) theils untereinander, theils mit jenen angeführten Stellen zu stehen scheinen. Manche haben in der ersten und dritten dieser Stellen, welche vom Kaufe handeln, eine Eigenthümlichkeit des Kaufcontractes gefunden, eine Ansicht, welche zuerst Alciatus aufgestellt, aber auch Neuere angenommen haben, wie Hänel, vom Schadenersatz S. 99.

welchen er für eine gewisse Person aus besonderen Gründen hat, welche auf Neigung, Liebhaberei oder Ansichten und Gefühlen dieser Person beruhen, so daß diese Person sie um den absoluten Werth nicht hergeben und auf der anderen Seite um einen den absoluten weit übersteigenden Werth gern erwerben würde, kommt ebensowenig bei der Berechnung ihres Interesse in Betracht, als dies für Andere zum Behufe eines infolge solcher Gründe zu machenden größeren Gewinnes

---

Wolff, Mora S. 449 flg. aber schon von Donellus widerlegt worden ist. Andere, besonders Noodt, de foenore et usuris lib. II. c. 6 und unter den Neueren Gesterding, Nachforschungen Bd. I, S. 20. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 367. Fritz, Erl. zu Wening S. 79 flg. Madai, Mora S. 383 flg., finden in der ersten Stelle eine Eigenheit der Geldschulden. Vgl. dagegen Vangerow a. a. O. S. 45 flg. Der Widerspruch ist aber ein blos scheinbarer und läßt sich auflösen. Das Entgehen eines Gewinnes kann als erlittener Nachtheil nur unter der Voraussetzung erscheinen, daß er ohne den Eintritt eines ihn abwendenden Ereignisses gemacht worden wäre. Diese Voraussetzung wird in L. 29. §. 3. D. (9. 2.) dadurch als allgemein anerkannt, daß der Anspruch auf entgangenen Jagdgewinn deshalb versagt wird, weil der Fang selbst ungewiß sei. Die allgemeine Bedeutung dieser Stelle läßt sich nicht deshalb in Abrede stellen, weil sie den nach der lex Aquilia zu ersetzenden Schaden betrifft. Erläuternde Beispiele siehe in §. 10. Inst. (IV. 3.) L. 23. pr. D. (9. 2.) L. 3. D. (9. 1) L. 7. D. (9. 3.) L. 19. pr. D. (22. 1.) Die erste der erwähnten streitigen Stellen spricht dem Verkäufer bei Verzug in der Zahlung des Kaufpreises nur Verzugszinsen zu, nicht was er sonst damit erwerben konnte, auch wenn ihm als Geschäftsmann durch Anlegung des Geldes in seinem Handel ein die Verzugszinsen übersteigender Erwerb möglich war: in der dritten wird bei verzögerter Leistung der Sache dem Käufer der Gewinn abgesprochen, welchen er durch Weiterverkauf oder sonstige Geschäftsbenutzung hätte machen können: in der zweiten hingegen wird, wenn die an einem bestimmten Orte zu leistende Zahlung einer Geldsumme unterblieben ist, der dadurch entgangene Gewinn zugesprochen, wenn der Gläubiger dort Waaren zu kaufen pflegte. Mit Sintenis a. a. O. sind darin nur Aeußerungen desselben Principes unter Anwendung auf verschiedene thatsächliche Verhältnisse zu finden. Der Gewinn soll sicher zu erwarten sein. Ob er dies sei, das hängt von den Umständen ab, und ist von dem Beschädigten zu erweisen. Vgl. die nähere Ausführung und die Beispiele bei Sintenis a. a. O. und Vangerow a. a. O. S. 46 flg. Wir glauben, daß es namentlich bei Fabrikanten, Handelsleuten und Geschäftsleuten doch aber damit nicht so streng zu nehmen sei. Der Ausspruch in L. 21. §. 3. D. (19. 1.) scheint auf die Verhältnisse der Kauf- und Handelsleute nicht bezogen werden zu können. Dort ist davon die Rede, daß der Käufer von Wein bei verzögerter Uebergabe von Seiten des Verkäufers den Gewinn, den er durch Weiterverkauf mit dem Weine hätte machen können, nicht ersetzt verlangen könne. Hier ist aber der Fall vorausgesetzt, daß der Käufer des Weines ein solcher ist, der regelmäßig aus dem Weinverkaufe kein Geschäft macht. Ist derselbe selbst ein Weinhändler, so wird die Entscheidung anders lauten müssen. Denn da der Käufer aus dem Weinverkaufe sein regelmäßiges Geschäft macht, die ganze Existenz eines Kauf- und Handelsmannes aber auf dem Profit beruht, den er durch Verkauf von Waaren zu höheren Preisen, als er selbst dafür gegeben hat, bezieht, so nimmt der hier durch verzögerte oder nicht erfolgte Leistung bestellter Waaren entgangene Gewinn bei Handelsleuten die Natur eines positiven Schadens an. Auch mit der näheren factischen Begründung und dem Beweise des entgangenen Gewinnes wird man es bei Handelsleuten und Gewerbsleuten

geschieht[25]). 2) Bei verzögerten Leistungen in Gelde beschränkt sich das Interesse für den Gläubiger aus dem früher angeführten Grunde, daß der Gewinn sicher sein müsse, auf das Maß der gesetzlichen Zinsen, d. h. auf die Verzugszinsen[26]); doch kann ein höheres Interesse gefordert werden, wenn die vorhergedachten Voraussetzungen vorhanden sind[27]). 3) Kommt das Interesse des Ortes, wo eine Leistung geschehen

---

nicht so streng nehmen dürfen. So ist unseres Erachtens derjenige Kaufmann, welcher Waaren zu einer gewissen Zeit bestellt, solche aber nicht zur rechten Zeit oder gar nicht erhalten hat, nicht zu behaupten und zu beweisen verbunden, daß bestimmte Personen nach dieser Waare gefragt haben und solche zu einem bestimmten höheren Preise gekauft haben würden, sondern es genügt die Behauptung, daß die Waare, wenn sie zur rechten Zeit angekommen wäre, nach den damaligen Conjuncturen zu dem und dem Preise verkauft worden sein würde. Denn der Kaufmann bestellt Waaren, nicht um sie beständig liegen zu lassen, sondern um sie schnell mit Profit weiter zu verkaufen, und derjenige, welcher einem Kaufmann auf Bestellung Waaren verabfolgt, rechnet selbst gewöhnlich auf den Weiterverkauf, sonst würde das unter Kaufleuten so gewöhnliche Creditiren ganz unterbleiben. Bei Handelsleuten muß also das lucrum cessans als in ihrem Geschäfte liegend beabsichtigt erscheinen. — In L. 21. §. 3. D. (19. 1.) spricht Paulus von einer utilitas, quae circa ipsam rem consistit, die ersetzt werden müsse; da er nun weiter davon spricht, daß anderes nicht ersetzt zu werden brauche, so haben viele Neuere letztere Fälle als utilitas extra rem angesehen, und darauf eine eigene Eintheilung des Interesse in id quod interest circa rem und extra rem gegründet. Vgl. über die Hauptansichten darüber Fritz a. a. O. S. 84 flg. Allein der römische Jurist hat jenen Ausdruck nur gebraucht, ohne entfernt an eine solche Eintheilung zu denken, und sicherer ist es, statt dessen die einfachen Ergebnisse der Quellen zusammen zu stellen Vangerow a. a. O. S. 48. Sintenis a. a. O. S. 74, N. 21.

25) L. 6. §. 2. D. (7. 7.) L. 33. pr. D. (9. 2.) L. 62. §. 1. L. 63. pr. D. (35. 2.) L. 1. §. 15. D. (38. 5.) In der zweiten und vorletzten Stelle wird der Werth der Sache ex utilitate singulorum versagt; man muß aber diesen an sich zweideutigen Ausdruck auf die in diesen Stellen folgenden erläuternden Beispiele beschränken, in welchen die singuli nur eine bestimmte Person bezeichnen. Abgesehen von den über diesen Punkt bei dem iusiurandum in litem vorkommenden verschiedenen Ansichten kommen darüber bei älteren und neueren Juristen verschiedene Meinungen vor. Die von Manchen, wie Gans, röm. Obligationenrecht S. 119. Schweppe, Hdbch. §. 203 angenommene Berücksichtigung der Affectionen bei den negotia bonae fidei beruht auf einer Verwechselung damit, daß die Affection zur Begründung einer Forderung als einer rechtlichen genügt. Die von Anderen aufgestellte Ansicht, daß es davon abhänge, ob die schädliche Handlung in dolus oder culpa levis ihren Grund habe, steht wieder mit dem iusiurandum in litem im Zusammenhange. Das einzig Richtige ist, daß die Affection zum bloßen Erwerbe eines Rechtes genügen, eine Forderung dadurch schon begründet werden kann, um sie als eine rechtliche darzustellen, nicht um ihren Werth zu bestimmen. L. 35. D. (4. 4.) L. 54. pr. D. (17. 1.) L. 6. pr. L. 7. D. (18. 7.) L. 36. D. (38. 2.) Vgl. Vangerow a. a. O. S. 48 flg. Sintenis a. a. O. S. 74, N. 22.

26) L. 19. D. (18. 6.) L. 47. fin. D. (19. 1.) L. 60. pr. D. (17. 2.)

27) Der Deput. Abschied zu Speier von 1600 §. 139 läßt bei verzögerter Leistung von Geldschulden dem Gläubiger, welcher sich nicht mit den Verzugszinsen begnügen will, die Forderung und den Beweis eines höheren Interesse ausdrücklich nach und es ist ein solches auch recht wohl möglich.

soll und nicht bewirkt worden ist, in Frage, so kommen im ganzen dieselben Grundsätze zur Anwendung; der Beweis des Interesse, besonders auch eines entgangenen Gewinnes ist in einem solchen Falle sehr erleichtert, daß die Bestimmung eines Ortes für gewisse Leistungen gewöhnlich zu dem Zwecke der Abwendung eines bestimmten Nachtheiles oder der Realisirung eines bestimmten Gewinnes geschieht. Deshalb wird, weil die Preise beweglicher, namentlich vertretbarer Sachen, an verschiedenen Orten verschieden sind, der Werth einer Leistung solcher Gegenstände, welche an einem bestimmten Orte versprochen, aber nicht erfolgt ist, zunächst je nach dem Preise dieses Erfüllungsortes in Anschlag gebracht; sonst kommt es auf den Werth des Ortes, wo geklagt und das Urtheil gefällt worden ist, an, vorbehältlich der Rücksicht, welche dem Einflusse des eintretenden Verzuges angedeihen muß [28]). Die Schätzung der Grundstücke kann nur nach dem Werthe des Ortes, wo sie liegen, erfolgen. Eine Stelle [29]) ist Veranlassung gewesen, daß Viele die Werthsverschiedenheit selbst zu Gunsten des Schuldners, auch wenn er im Verzuge ist, insofern berücksichtigt wissen wollen, als derselbe, wenn er nicht am Erfüllungsorte verklagt werde, je nach der Beschaffenheit der Preisverschiedenheit auch eine Minderung beanspruchen könne, weil ihm sonst die Leistung an einem anderen Orte Nachtheil zuziehen würde [30]). Diese Meinung beruht auf zwei Stellen, welche allerdings mit Rücksicht auf den Unterschied der iudicia stricti iuris und bonae fidei verschiedene Grundsätze aufstellen; deren Widerspruch aber heutzutage wegfällt, indem jetzt, wo alle iudicia bonae fidei sind, nur die bei diesen geltenden Regeln zur Anwendung kommen [31]). 4) Auch der

28) L. 3. D. (13. 4.) L. 4. fin. D. (13. 3.) L. 22. fin. D. (12. 1.) L. 3. fin. D. (19. 1.)

29) L. 2. pr. D. (13. 4.)

30) Dieser Ansicht sind z. B. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 466 a. E. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I, S. 356, N. a—c. Fritz a. a. O. S. 176. Der Letztere hält es für besonders wichtig, daß die Quellen nirgends sagen, die Verschiedenheit des Ortes solle zur Verminderung der Summe nicht in Betracht kommen, wenn der Beklagte sich im Verzuge befinde.

31) L. 2. pr. D. (13. 4.) handelt von der actio de eo, quod certo loco dari oportet; sie kam nur bei stricti iuris actiones auf ein certum vor; hier blieb es unveränderlich bei dem Werthe des Erfüllungsortes und daraus folgte nothwendig, daß bei Klagerhebung an einem anderen Orte im Falle des eintretenden Verzugs, der Werth des Erfüllungsortes auch zu Gunsten des Beklagten in Berücksichtigung kommen mußte. Mit Wegfall des Unterschiedes der stricti iuris iudicia ist auch diese Bestimmung unpraktisch geworden, so daß blos die L. 3. §. 3. D. (19. 1.) anwendbar ist. Glück, Erläut. der Pand. Bd. XIII, S. 334 flg. und Andere wollen den Beklagten bei Verschiedenheit der Ortspreise in eine geringere Summe verurtheilt wissen, wenn ihm die Abänderung des Zahlungsortes Nachtheil bringt; diese Berücksichtigung soll aber, wenn er in Verzug sei, wegfallen, weshalb sich auf L. 37. D. (17. 1.) L. 173. §. 2. D. (50. 17.) berufen wird. Allein mit Recht erinnert Sintenis a. a. O. S. 74, N. 25 dagegen, daß eine Verurtheilung ohne Verzug des Schuldners nicht möglich

Zeitpunkt, in welchem der Werth einer Sache geschätzt werden soll, ist von Wichtigkeit. Bei den Römern war hier ein Unterschied zwischen actiones stricti iuris und bonae fidei; bei den ersteren wurde auf die Zeit der Litisconteſtation, bei letzteren auf die Zeit des zu fällenden Urtheiles gesehen [32]); für die ersteren wurde der Zeitpunkt ebenfalls berücksichtigt, wenn sie auf Herausgabe einer species gingen [33]). Heutzutage, wo jener Unterschied weggefallen ist und alle iudicia bonae fidei sind, ist die von den letzteren im römischen Rechte geltende Regel allgemein und ausschließlich; sehr wichtig ist dabei aber auch der Verzug, indem die Klage den Schuldner jedesmal in Verzug versetzt und es nur in Frage kommt, zu welcher Zeit der Werth höher war, ob zur Zeit des Verzugs oder zu der der Verurtheilung oder noch früher. Hiernach ist für die Schätzung des Werthes einer Sache da, wo Gründe zur Annahme eines anderen Zeitpunktes nicht vorhanden sind, der Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung maßgebend und zwar der ersten Instanz, nicht blos, wenn ein Urtheil einer späteren Instanz das Erkenntniß einer früheren Instanz bestätigt, sondern auch dann, wenn ein zurückweisendes Urtheil erster Instanz in einer folgenden Instanz abgeändert wird, weil das spätere Urtheil an die Stelle des der ersten Instanz tritt und die Parteien sonst blos durch die andere rechtliche Ansicht des Unterrichters einen Vortheil oder Nachtheil in der Summe haben, bezüglich erleiden

---

sei. Selbst wenn der Gläubiger am Zahlungsorte in mora accipiendi gewesen wäre und an einem anderen Orte Klage auf Erfüllung erhöbe, so würde sich dadurch das Verhältniß insofern ändern, als nunmehr der Schuldner in Verzug kommt. Dagegen kann eine solche Handlungsweise des Gläubigers, z. B. wenn er ohne weitere Mahnung den Proceß beginnt und Verzugszinsen beansprucht, einen dolus enthalten. Die wiederholte Erklärung des Schuldners, daß er am Erfüllungsorte leisten wolle und die daselbst geschehene Oblation rechtfertigt das Erkenntniß, daß es bei dieser Erklärung sein Bewenden behalte und Beklagter nur dort zu leisten verbunden, übrigens aber des Klägers Suchen zu verwerfen sei. Wenn man von diesem Falle absieht, läßt sich eine Verurtheilung des Schuldners nicht denken, ohne daß er in Verzug versetzt und darin verblieben ist. Der Schuldner, welcher an einem bestimmten Orte zu leisten hat, kann die möglichen Nachtheile nur dadurch abwenden, daß er, wenn ihm der Gläubiger die Leistung am Erfüllungsorte unmöglich macht, dort die Leistung deponirt. Der L. 2. pr. D. (13. 4.) kann höchstens bei Berechnungen außer dem Proceß, wo das interesse loci zur Sprache kommt, praktischer Werth beigelegt werden. Sintenis a. a. O.

32) L. 3. D. (13. 4.) L. 4. D. (13. 2.) L. 3. §. 2. D. (13. 6.) Die in L. 22. D. (12. 1.) L. 37. D. (17. 1.) hervorgehobene Berücksichtigung des tempus, quo agitur oder quo petitum est, bei actiones stricti iuris ist gleichbedeutend mit dem Zeitpunkt der Litisconteſtation zu nehmen.

33) L. 3. D. (13. 3.) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I, S. 265, N. l. erklärt dies dadurch, daß die actiones stricti iuris dann arbitrariae wurden. Gans, röm. Obligationenr. S. 62 flg. sucht den Grund darin, daß wegen der Möglichkeit der Accessionen nach dem Zeitpunkt der Litisconteſtation die aestimatio wachsen könne. Roßhirt, in der Zeitschr. f. Civil. und Criminalrecht Bd. III, S. 26 giebt noch eine dritte Erklärung dieser sehr bestrittenen Stelle,

würden [34]). Gründe, welche für einen anderen Zeitpunkt, nach welchem der Werth einer Sache zu bemessen ist, entscheiden, sind folgende: *α*) Ist, abgesehen und unabhängig von bestehenden Obligationsverhältnissen, ein Schade widerrechtlich zugefügt worden, so kommen für dessen Ersatz besondere dafür bestehende Grundsätze zur Anwendung. *β*) Ist durch eine Obligation bestimmt worden, daß der gegenwärtige Werth einer Sache ersetzt werden solle, so kommt es blos auf diesen Zeitpunkt an [35]). *γ*) Wenn für die Leistung von Sachen, welche nur der Gattung und Quantität nach bestimmt sind, namentlich von Waaren, ein Zeitpunkt festgesetzt worden ist, so kommt es auf deren Werth zu dieser Zeit bei der Schätzung an [36]). Daß derselbe Zeitpunkt auch für species, also ohne allen Unterschied der Sachen maßgebend sei, wird zwar von den Meisten mit wenigen Ausnahmen angenommen [37]). Es kann aber diesem nicht beigetreten werden. In den einschlagenden Stellen ist, wohl nicht blos zufällig, nur von Sachen und Waaren die Rede, welche einen Marktpreis zu haben pflegen, wie merx, vinum, oleum, frumentum u. s. w. Derartige Sachen kommen nur der Quantität nach in Betracht und sind fortwährenden Schwankungen des Preises unterworfen; es ist daher ebenso eine Sache der Nothwendigkeit als der Natur der Verhältnisse entsprechend, daß ihr Werth nach dem der Zeit, wo sie geliefert werden sollen, bestimmt wird. Dagegen ist kein Grund denkbar, weshalb für die Contrahenten der Werth einer species von dem der Leistungszeit abhängen solle; allerdings kommt derselbe bei eintretendem Verzuge im Falle einer eingetretenen Verschlechterung als maßgebend in Betracht, und ebenso kann sich das Interesse darnach bestimmen; allein ersteres ist eine Folge des Verzuges. Es ist auch nicht einzusehen, warum, wenn der Werth einer species vermehrt

---

34) Sintenis a. a. O. S. 76, N. 26. Anderer Ansicht ist Schweppe, Hdbch. §. 200, S. 463.

35) L. 28. D. (46. 2.)

36) L. 4. D. (13. 3.) L. 22. D. (12. 1.) L. 59. 60. D. (45. 1.) Dagegen will L. 22. D. (44. 7.) für den Fall der Verbürgung gegen den Bürgen auf den Zeitpunkt der Verbürgung gesehen wissen, während doch für den Bürgen dieselbe Zeit maßgebend sein muß, wie für den Hauptschuldner. Der anscheinende Widerspruch dieser Stelle mit den anderen läßt sich aber durch die Erklärung lösen, daß der Bürge erst, nachdem die Schuld fällig geworden, eingetreten sei und für diese eine neue Frist erwirkt habe. Cuiacius, Tract. III. ad Africanum ad L. 22. D. de obligat. et act. Glück, Erl. der Pand. Bd. XIII, S. 279 und andere von demselben angeführte Schriftsteller. Es bedarf also weder der von Faber, Coniect. lib. XVI. cap. 10. und de erroribus Pragm. Dec. XVI. Err. 7. vorgeschlagenen Einschiebung der Negation, so daß zu lesen wäre: non quo satis accepit; noch, wie Andere vorgeschlagen haben, der Erklärung durch eine Ellipse, als wenn geschrieben wäre: de quo oder pro quo satis accepit; noch weniger kann dieses Fragment mit Voet, Comm. ad Pand. lib. XIII. tit. III. §. 3 von der Schadloshaltung des Bürgen mittelst der mandati actio verstanden werden.

37) Zu den Ausnahmen gehören Unterholzner a. a. O. S. 266 und Sintenis a. a. O. S. 77, N. 28.

worden ist, dieser vermehrte Werth nicht berücksichtigt werden solle, wenn es später überhaupt zur Leistung des Werthes kommt. Es könnte ja hier sonst leicht der Fall vorkommen, daß dem Schuldner sein Verzug gar zum Vortheil gereichte, was mit den über die Folgen des Verzuges geltenden Regeln in directem Widerspruche stehen würde. Aus anderen Stellen, welche hier ebenfalls noch angeführt werden [38]), wird der Satz abgeleitet [39]), daß die zu einer bestimmten Zeit zu vollbringenden Verrichtungen nach dieser Zeit zu schätzen seien, und Andere gehen noch weiter, indem sie behaupten, daß das Interesse, daß ein Werk hergestellt werde, mit Rücksicht auf die Zeit, wo es hergestellt werden mußte, zu schätzen sei, ohne später mögliche Vermehrung oder Verminderung [40]). Dies ist aber nicht richtig und kann auf die fraglichen Stellen nicht gestützt werden. Was in ihnen von den Ansprüchen aus der cautio sisti und der editio rationum eines Argentars gesagt wird, kann auf andere Handlungen nicht angewendet werden, da die römischen Ansichten über diese Ansprüche ganz eigenthümliche sind, wie sich schon daraus ergiebt, daß das Interesse fixirt stehen bleibt, wenn auch später das Interesse daran, daß die Handlung gesetzlich, gänzlich in Wegfall gekommen ist [41]). Diese Fälle sind aber nicht mehr praktisch. Es läßt sich auch kein ähnlicher praktischer Fall denken, in welchem ein Interesse nach einem bestimmten Tage für eine Handlung sich so feststellte, daß eine spätere Forderung desselben auch dann noch zulässig wäre, wenn kein Interesse an der fraglichen Handlung mehr existirt, und die Forderung eines höheren Interesse ausgeschlossen wäre, wenn ein solches

---

38) L. 12. §. 1. D. (2. 11.) L. 8. §. 1. D. (2. 13.) L. 11. D. (42. 1.) Die Lesart der zweiten Stelle ist streitig. Vgl. Glück a. a. O. Bd. IV, S. 40, N. 13. Ich würde das non vor habebit streichen und das habebit in dem folgenden: neque augmentum neque deminutionem, subintelligiren.

39) Von Unterholzner a. a. O. S. 266, der jedoch nur die erste und dritte der in der vorigen Note angeführten Stellen dazu benutzt.

40) So Matth. Magnus, Differ. iur. I. 20. (in Thes. Meerman. T. III. p. 292).

41) Die Schlußworte der L. 11. D. (42. 1.) enthalten scheinbar einen allgemeinen Satz: ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo novissime solvi poterit, und die Stelle selbst spricht im Allgemeinen von irgend einer vorzunehmenden Handlung, aliquid fieri. Dieser Satz ist aber mit Sintenis a. a. O. S. 77, N. 28 so aufzufassen: Es wird alles nach dem Zeitpunkte geschätzt, bis wohin längstens eine wirkliche Erfüllung geschehen konnte, also so, daß durch die ursprünglich schuldige Leistung selbst volle Befreiung eintrat. Diese Möglichkeit kann aber auch nach der Erfüllungszeit noch vorhanden sein, da der Gläubiger sich nicht weigern wird, eine zu einem bestimmten Zeitpunkte zu leistende Sache, wenn sich ihr Werth später vergrößert hat, auch nach dieser Zeit noch anzunehmen, mithin recht wohl gesagt werden kann, daß sie auch noch später geleistet werden könne. Es kann also jener Satz keine allgemeine Regel enthalten, und er ist wohl deraus zu erklären, daß in dem der Entscheidung zum Grunde liegenden Falle das dermalige Interesse sich vermindert hatte oder weggefallen war; was ein ähnlicher Fall ist, wie in L. 12. §. 1. D. (2. 11.) und L. 8. §. 1. D. (2. 13.)

später eingetreten ist. Wohl aber sind Fälle möglich, in welchen die Leistung einer Handlung nach dem dazu bestimmten Zeitpunkte nicht mehr von Interesse ist und der Gläubiger sie nach Zweck und Inhalt nicht mehr fordern wird, aber auch nicht zu ihrer Annahme verbunden ist; und es kann also für das Interesse hier die bestimmte Leistungszeit wichtig sein. Dieser bestimmte Zeitpunkt ist aber blos ein Umstand, der bei Berechnung des Interesse überhaupt, wie jeder andere Umstand, in Betracht zu ziehen ist [42]. δ) Ist Verzug eingetreten, so werden die für denselben bestehenden Grundsätze angewendet und es kann dadurch das unter γ. hinsichtlich der Schätzung von Waaren nach dem Werthe der Lieferungszeit Bemerkte eine Abänderung erleiden. ε) Ist eine Sache untergegangen, so wird ihr Werth nach dem Werthe zur Zeit ihres Unterganges bemessen, wenn nicht aus einem der bisher erwähnten Gründe ein anderer Zeitpunkt zu berücksichtigen ist [43]. ζ) Hat Jemand eine Sache für einen Anderen hingegeben oder zu dessen Nutzen verwendet, so daß Letzterer dafür Ersatz gewähren muß, so wird der Werth derselben nach dem Zeitpunkte bemessen, wo die Hingabe oder Verwendung geschah [44]. 5) Ist der Gegenstand der Forderung ursprünglich das unbestimmte Interesse oder der Schadenersatz, so unterliegt dessen Summe keiner anderen Beschränkung, als daß dem Richter genaue Prüfung der Schadensberechnung, Feststellung derselben auf Grund der Beweisführung und Zurückweisung übermäßiger Ansprüche im allgemeinen zur Pflicht gemacht ist [45]. Hat aber die Forderung eine bestimmte Summe oder bestimmte Sachen zum Gegenstande, so ist das Interesse oder der Schadenanspruch aus der ganz unterlassenen oder nicht vertragsmäßig geschehenen Leistung auf den doppelten Werth der schuldigen Summe oder des absoluten Werthes der schuldigen Sache beschränkt; in dem duplum ist diese Summe oder dieser Werth selbst mit enthalten, so daß sie das Einfache ausmachen; wenn also die Sache selbst noch geleistet worden ist, so ist der wahre Werth, welchen sie noch jetzt hat, davon in Abzug zu bringen. Es kommt hier alles auf die Auslegung einer Constitution Justinian's an [46]. Streitig ist besonders die Stelle derselben: Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et om-

42) Sintenis a. a. O. S. 78, N. 28.
43) L. 3. D. (13. 3.)
44) L. 37. D. (17. 1.)
45) L. un. C. (VII. 47.)
46) L. un. C. (VII. 47.) von 531. Die Basil. lib. IX. tit. I. cap. 86 enthalten das τὸ κατὰ πόδας der Constitution von Thaleläus und bieten kein Hilfsmittel zur Interpretation. Die Auslegung dieser Constitution ist von jeher sehr zweifelhaft gewesen. Die ältere Literatur s. bei Vangerow a. a. O. S. 50. Unter den Neueren sind besonders zu nennen Fritz, Erl. zu Wening Bd. II, S. 86 flg. Seuffert, Erört. Bd. I, S. 157 flg. Sell, Jahrb. für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechtes Bd. I, S. 183 flg.

nibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. Bei der Auslegung dieser Worte muß man von der Verwandtschaft zwischen Zinsen und Interesse, welche beide in manchen Fällen sogar in Eins zusammenfließen, ausgehen[47]). Für die Zinsen bestand das Verbot der usurae ultra duplum oder ultra alterum tantum. Bei dem Interesse bestanden ähnliche Gründe für die Fixirung und Beschränkung seines Betrages. Schon nach dem Digestenrechte suchte man den schwierigen Beweis der Größe des Interesse dadurch zu vermeiden, daß im voraus eine bestimmte Summe als Privatstrafe für den Fall der Schadenszufügung statt des Interesse versprochen wurde. War bei verspäteter Zahlung einer Quantität vertretbarer Sachen, namentlich einer Summe Geldes, statt der Zinsen oder des Interesse eine poena versprochen, so durfte, weil eine solche Conventionalstrafe ihrem Wesen nach mit den Zinsen vollständig zusammenfiel, dieselbe das gesetzliche Zinsenmaß nicht übersteigen sowie auch die Beschränkung auf das alterum tantum stattfand[48]). Aber auch bei Obligationen, deren Gegenstand in nicht vertretbaren Sachen bestand oder wenigstens bestehen konnte, machte das Doppelte das gewöhnliche Maß des Interesse bei den Privatstrafen aus. So hatte die bei der Verpflichtung zur Evictionsleistung und bei der Verbindlichkeit, für physische Mängel bei der verkauften Sache einzustehen, vorkommende duplae stipulatio den Zweck, den Käufer wegen seines gegenwärtigen und künftigen Interesse sicher zu stellen[49]); der Betrag des Interesse wurde im Durchschnitt auf das Doppelte angeschlagen, weil die duplae stipulatio ausgemacht die Regel bildet[50]). Das duplum galt sogar als regelmäßiger Betrag der Interesseforderung des Käufers bei beiden Verbindlichkeiten, auch wenn keine Stipulation vorgekommen war[51]). Die duplae stipulatio kam auch bei anderen Vertragsverhältnissen als bei dem Kaufe zu demselben Zwecke vor[52]), und es läßt sich daher auch bei den übrigen bonae fidei negotia annehmen, daß auch bei diesen sie den Zweck hatte, das Interesse dem Betrage nach festzustellen, welches demnach überhaupt in der Regel auf das Doppelte veranschlagt worden sein mag. Aus gleichem Grunde ist in der späteren Kaiserzeit ein anderes Bestärkungsmittel der Obligationen, die arrha, welche ebenfalls als ein Aequivalent des Interesse

---

47) Diese Verwandtschaft ergiebt sich besonders aus L. 60. pr. D. (17. 2.). Vgl. über fernere Gleichstellung der Zinsen mit den Früchten L. 34. D. (22. 1.) und über die weiteren Consequenzen dieser Gleichstellung Sell a. a. O. S. 186 flg.

48) L. 44. D. (22. 1.) Fragm. Vat. §. 11. L. 13. §. 26. D. (19. 1.) L. 9. pr. D. (22. 1.) L. 4. §. 1. D. (22. 2.)

49) L. 16. §. 2. D. (21. 2.)

50) L. 31. §. 20. D. (21. 1.) L. 22. §. 4. D. (13. 7.) L. 6. 37. pr. D. (21. 2.) L. 11. §. 14. D. (19. 1.)

51) Paul. Sent. lib. II. tit. XVII. §. 1—3. L. 2. 19. pr. D. (21. 2.) L. 43. fin. L. 44. 45. pr. D. (19. 1.) L. 31. §. 10. D. (21. 1.)

52) L. 52. D. (21. 2.)

betrachtet werden kann, auf das duplum beschränkt worden [53]). Justinian hatte nun, sowie er in Bezug auf die Zinsen und namentlich durch das Verbot der usurae ultra alterum tantum die übermäßigen Ansprüche der Gläubiger durch allgemeine gesetzliche Vorschriften zu beschränken suchte, denselben Zweck hinsichtlich des Interesse bei dieser Constitution. Der Zweck der Constitution ist ein doppelter, einmal die alten Zweifel und Streitigkeiten über den Betrag des Interesse soviel als möglich zu vermindern und abzukürzen; und dann, übermäßige Schadensforderungen nach einem allgemeinen und bestimmten Maßstabe zu beschränken. Einen solchen Maßstab findet der Kaiser in allen Fällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, in dem Werthe der Hauptforderung; in denjenigen Fällen hingegen, qui incerti esse videntur, mangelt es überhaupt an jedem bestimmten allgemeinen Maßstabe zur Beschränkung; die Ermittelung der Größe ist deshalb in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Richters zu überlassen, dem nur die allgemeine Weisung ertheilt wird, allein den wirklichen Schaden in Anschlag zu bringen. Damit ist zugleich die Grundlage zur Erklärung der casus, qui certam habent quantitatem vel naturam, gegeben. Da nämlich bei diesen der Betrag des Interesse auf das Doppelte des Werthes, welchen das Object der Hauptforderung hat, beschränkt ist, so muß aa) ein Hauptgegenstand der Forderung existiren, dessen Werth das simplum ausmacht, wonach das Doppelte des Interesse sich bestimmen kann. Der sonach hier in Betracht kommende Schade kann auf verschiedene Weise entstanden sein: α) durch die Beschädigung, Verderbung oder gänzliche Unbrauchbarmachung des Gegenstandes der Hauptforderung; β) durch gänzlich unterbliebene Leistung desselben; γ) durch Eviction der geleisteten Sache; δ) durch nicht obligationsgemäße Leistung der Sache. In allen diesen Fällen findet die Beschränkung des Interesse auf das duplum Anwendung. Wenn in dem Falle der unter α. erwähnten Schadenszufügung durch Beschädigung, Verschlechterung oder gänzliche Unbrauchbarmachung der Sache die Anwendung dieser Vorschrift geleugnet wird [54]), weil die Sache entweder gar keinen oder einen geringeren Werth habe und daher dessen Verdoppelung entweder Null sei oder das Interesse des Beschädigten bei weitem nicht erreiche, so ist dagegen zu erinnern, daß auch hier nicht minder der Werth der Sache im unverletzten Zustande als Maßstab für das simplum zum Grunde gelegt werden kann, dessen Beweis vielleicht aus factischen Gründen schwieriger sein, was aber doch die Regel nicht aufheben kann [55]). bb) Der Gegenstand der Hauptforderung muß auch an sich ein bestimmter sein, bei dem genus nach Qualität und Quantität bestimmt, bei der species ein bestimmtes Individuum; daher,

53) L. 5. pr. C. (V. 1.)
54) Wie von Sell a. a. O. S. 211 flg.
55) Vangerow a. a. O. S. 54. Sintenis a. a. O. S. 79, N. 32.

wenn die Art der Obligation schon an sich unbestimmt ist, z. B. eine alternative Obligation, die Constitution keine Anwendung leidet. cc) Der Werth des bestimmten Objectes muß gewiß oder bestimmt sein. Bei Forderungen, welche auf eine Quantität gerichtet sind, ist dies zuverlässig der Fall, wenn sie in einer bestimmten Geldsumme bestehen, weil das Geld den allgemeinen objectiven Maßstab für die Werthsbestimmung der Gegenstände abgiebt. Forderungen auf eine Quantität fungibler Sachen anderer Art oder auf eine species lassen sich nur dann zu den casus certi rechnen, wenn sie eine certa natura haben, welche sich bei einem genus, wie bei einer species nur dann annehmen läßt, wenn der Gegenstand der Hauptforderung von der Art ist, daß sich dessen Werth nach objectivem Maßstabe mit gehöriger Sicherheit bestimmen läßt. Dies ist der Fall bei den Sachen, welche einen gewöhnlichen Marktpreis haben; dann aber auch bei denjenigen, deren Werth nach den Regeln des täglichen Verkehres in baarem Gelde nach objectivem Maßstabe sich genügend ausmitteln läßt. Die Beschränkung des Interesse auf das duplum gilt aber nur von Forderungen des Interesse aus Vertragsverhältnissen, seien es obligationes ex contractu oder quasi ex contractu, indem die Constitution in den angeführten Worten nur von Contracten spricht. Der gedachten Beschränkung unterliegen also nicht Obligationen auf Ersatz, welche erst durch eine widerrechtliche Handlung außerhalb eines Vertragsverhältnisses entstehen [56]), und ebensowenig die Obligationen, welche sonst überhaupt nur das unbestimmte Interesse zum Gegenstande haben. Dagegen verdient die von den Meisten [57]) vertheidigte Meinung, daß die Beschränkung des Interesse auf das Doppelte dann nicht Platz greife, wenn der Schaden durch dolus entstanden sei, keine Billigung. Wenn dafür angeführt wird, daß hier der Standpunkt des Delictes eintrete, so läßt sich dagegen mit Grund bemerken, daß Interesseforderungen aus dolosen Beschädigungen in Vertragsverhältnissen nicht minder in das Bereich der durch die Contractsklage zu verfolgenden Ansprüche fallen, wie die Forderungen auf Ersatz des durch culpose Handlungen entstandenen Schadens; wenn daher die Verfolgung des Interesse aus dem dolus durch die Contractsklage geschieht, so ist auch die allgemein für die Forderungen des Interesse aus Vertragsverhältnissen ohne Unterschied festgesetzte Beschränkung anwendbar, weil der Grund der Verordnung, die Schwierigkeit der Ausmittelung der Größe des Interesse, ganz allgemein ist, welcher sowohl für dolose als für culpose Beschädigungen paßt und aus der Constitution selbst sich durchaus kein Grund zur Beschränkung ihrer Vorschrift auf culpose Schadenszufügungen ableiten läßt. Wenn allerdings durch den

56) Sell a. a. O. S. 217 flg.

57) Die älteren Schriftsteller s. bei Vangerow a. a. O. S. 54. Unter den Neueren gehören hierher Glück a. a. O. Bd. IV, S. 446. Seuffert a. a. O. S. 161. Dagegen s. Sell a. a. O. S. 222. Vangerow a. a. O. S. 54.

dolus ein selbstständiger Anspruch entsteht, so findet die Beschränkung auf das duplum nicht statt. Die praktische Giltigkeit der erwähnten Vorschrift läßt sich mit Grund nicht bestreiten [58]). Manche betrachten sie als durch die Reichsgesetzgebung aufgehoben [59]). Dieselbe läßt als Verzugszinsen bei dem Darlehen 5 vom Hundert zu; wollte der Gläubiger sich damit nicht begnügen, sondern glaubte, sowohl an damnum emergens als an lucrum cessans ein Mehreres fordern zu dürfen, so ist ihm nachgelassen, „sein gantz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen." Diese reichsgesetzliche Vorschrift würde jedenfalls eine correctorische Vorschrift enthalten und deshalb streng auszulegen sein. Sie ist nicht weiter auszudehnen, als auf den Fall der Verzugszinsen bei dem Darlehen, von welchem sie allein handelt. Aber auch für diesen Fall ist bei genauerer Betrachtung diese Vorschrift nicht als eine derogatorische anzusehen. Der Zweck derselben ist einmal, den Schuldner durch ein bestimmtes allgemeines Maß der Procente gegen unbegründete höhere Zinsforderungen zu schützen, und dann, zur Vermeidung langwieriger Processe, dem Gläubiger gewisse Procente zu gestatten, ohne daß er zum Beweise der Größe seines Interesse verpflichtet ist; dabei steht ihm jedoch frei, höhere Procente zu fordern, wenn er ein größeres Interesse genügend beweisen kann. Wie hoch dieser nachzuweisende größere Betrag sich belaufen und ob er namentlich auch das Doppelte des Kapitals übersteigen dürfe, darüber bestimmt das Reichsgesetz nichts. Hiernach könnte man glauben, daß unbedenklich auch das Doppelte bei den als Interesse geltenden Verzugszinsen überschritten werden dürfe, weil eben keine beschränkende Grenze gesetzt, vielmehr dem Gläubiger nachgelassen ist „sein gantz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen." Allein die Erwägung, daß das fragliche Reichsgesetz auf der Grundlage des gemeinen Rechtes ruht und daß der Richter in seinen Entscheidungen an die Vorschriften dieses Rechtes, hier an die fragliche Vorschrift Justinian's, so lange gebunden ist, als nicht eine Abänderung klar erweislich ist, führt dazu, daß man in dem Reichsgesetze keine der Justinianeischen derogirende Vorschrift erblicken kann. Dafür spricht ein zweifacher Grund. Erstlich ist die Anwendung des Reichsgesetzes in vielen ja in den meisten Fällen recht wohl denkbar, ohne daß dadurch gegen Justinian's Vorschrift verstoßen wird; und dann würde das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift in ein wahres Dilemma verwickeln. Bei vergrößerter Rückzahlung eines Darlehens erscheint nämlich nach dem Reichsgesetze das Interesse ebenso wie nach römischem Rechte in der Form von Zinsen, welche nach Verhältniß der Dauer des Verzuges sich zu 5 Procent auf das Jahr bestimmen. Es können aber recht wohl wegen des erweislich

58) Vgl. Sell a. a. O. S. 246 flg.

59) Dep. Abschied v. 1600 §. 139. Dieser Ansicht ist Glück a. a. O. Bd. IV, S. 448, Bd. XXI, S. 115.

größeren Interesse höhere Zinsen, als 5 Procent in vielen ja wohl in den meisten Fällen gefordert werden, ohne daß dadurch ein Widerspruch gegen die Justinianeische Vorschrift entsteht. Weil nämlich die Zinsen im Verhältniß zur Hauptsumme immer nur einen geringen Bruchtheil ausmachen, so können recht wohl höhere Zinsen verlangt werden, ohne dadurch den Betrag des Kapitales zu überschreiten. Ein Ueberschreiten des Kapitales ist nur dann denkbar, wenn eine längere Reihe von Jahren hindurch höhere Verzugszinsen gefordert werden. Die eigentlich zu entscheidende Frage ist nur die, ob das Reichsgesetz nach seinem Geiste und Wortinhalte dem Gläubiger das ganze Interesse auch dann zuerkennt, wenn dasselbe die Größe des Kapitales übersteigt. Diese Frage ist aber schlechterdings zu verneinen. Denn die Beschränkung des Interesse auf das Doppelte fällt hier mit dem Verbote der usurae ultra alterum tantum zusammen. Durch dieses Verbot soll aber verhütet werden, daß das Uebermaß der accessorischen Leistungen den Schuldner erdrücke. Deshalb wird der Lauf der Zinsen sistirt, sobald der aufgelaufene Betrag die Größe des Kapitales erreicht, obwohl das Interesse, welches der Gläubiger bei dem nicht gezahlten Kapitale hat, nach wie vor dasselbe bleibt und ihm durch die entzogene so beträchtliche Summe der Zinsen, deren verzinsliche Anlegung bei Dritten möglich gewesen wäre, eigentlich ein doppelter Gewinn, der des zinstragenden Kapitales und der der zinstragenden Summe der Zinsen, welche dem Kapitale gleichkommen, entzogen wird. Hat der römische Gesetzgeber, wohl wissend, daß dadurch das Interesse des Gläubigers verletzt werden kann, das Verbot der usurae ultra alterum tantum ausdrücklich auf die Verzugszinsen angewendet, um die Schuldner vor gänzlichem Vermögensverfall zu sichern, so kann die Aufhebung dieses Verbotes im Geiste der Reichsgesetzgebung, welche den übermäßigen Druck der Zinsen abzustellen deutlich und nachdrücklich bestrebt ist, nicht liegen; am wenigsten kann diese Aufhebung durch die ganz allgemein und unbestimmt gehaltene Vorschrift des §. 139 des Deputations-Abschiedes von 1600 geschehen sein, dessen Anwendung in vielen ja in den meisten Fällen ohne Beschränkung möglich ist, ohne daß er mit dem Verbote der Zinsen über das Doppelte collidirt. Gerade in den Fällen einer solchen Collision fällt auch nicht selten dem Gläubiger eine culpa zur Last, weil er in der Verfolgung seines Rechtes so säumig gewesen ist; daher ist er schon nach allgemeinen Grundsätzen einer besonderen Berücksichtigung unwerth. Dazu tritt noch folgender fernere Grund. Die Beschränkung des Interesse (der usurae morae) auf das Doppelte und das Verbot der usurae ultra alterum tantum fallen in Eins zusammen. Betrachtet man die erste Beschränkung als durch das Reichsgesetz abgeschafft, so fällt damit auch das zweite Verbot, und ebenso umgekehrt. Zur Beseitigung dieser beiden Vorschriften des römischen Rechtes müßte man nothwendig zu dem sich selbst auflösenden Doppelschluß gelangen: das Reichsgesetz hat die Beschränkung des id quod interest auf das Doppelte

aufgehoben, weil es mehr als 5 Procent Verzugszinsen gestattet (also hier das Interesse als Zinsen betrachtet); und das Verbot der usurae ultra alterum tantum ist dadurch in Wegfall gekommen, weil die Zinsen als Interesse, **nicht** als Zinsen erscheinen. — Außer den unter 1—5. dargestellten allgemeinen Regeln giebt es für die Ausdehnung des Schadenersatzes in einzelnen Fällen und je nach besonderen concurrirenden Umständen zahlreiche besondere, welche den Umfang des Interesse in Bezug auf einzelne Obligationen näher bestimmen. Aber auch diese besonderen Regeln neben den allgemeinen Grundsätzen für die Bestimmung des Interesse geben noch keinen Maßstab für die Ermittelung der Summe in den einzelnen Fällen; mit ihnen läßt sich nur das gegenseitige Verhältniß juristisch feststellen. Zur Beurtheilung der Richtigkeit der Summe als Resultat genügen entweder blos Kenntnisse und Erfahrungen des gemeinen Lebens, welchenfalls der Richter unter Anwendung dieser darnach die Summe zu taxiren hat, oder es werden andere Kenntnisse und Erfahrungen als die des gemeinen Lebens vorausgesetzt, und es bedarf dann des Gutachtens von Sachverständigen, also einer Taxation durch solche. Ist die schadenbringende Handlung, und daß Schaden angerichtet worden, erwiesen und nur in Ansehung des Betrages des Schadens noch Ungewißheit vorhanden, so kann der Beschädigte zur eidlichen Bestärkung des Schadensbetrages (sog. iuramentum quantitatis) gelassen werden. Die Natur dieses Eides ist sehr bestritten. Derselbe wird entweder als gewöhnliches iusiurandum in litem oder als Erfüllungseid oder als eine besondere Eidesart behandelt[60]). Man hat diesen Eid auf römische Gesetzstellen zu gründen versucht[61]). Allein aus diesen Stellen kann zwar zur Noth der nothwendige vom Richter aufzuerlegende Eid gerechtfertigt werden, und hiernach würde sich höchstens das iusiurandum quantitatis als eine Art des Erfüllungseides, wenn auch für die Größe des Schadensbetrages mehr als halber Beweis vorliegt, darstellen. Allein selbst dieser Charakter wird ihm von Manchen abgesprochen und seine Existenz gänzlich in Frage gestellt[62]). Dennoch stimmen in der Zulässigkeit dieses Eides

---

60) In dem Artikel Eid Bd. III, S. 656 ist dieses Eides als eines gewöhnlichen suppletorischen Eides, welcher in subsidium zur Anwendung komme, gedacht. Wir halten damit die Controverse auch für den Zweck des Rechtslexikons nicht für abgeschlossen, und gehen auf dieselbe deshalb ein, weil wir der Ueberzeugung sind, daß nach teutschrechtlichen Ansichten, welche im Proceßrechte hinsichtlich der Zulässigkeit der eidlichen Bestärkung eigener Behauptungen von Seiten der Partei, welche die Behauptung aufgestellt hat, vielfach Anerkennung gefunden haben, dieser Eid allerdings zuzulassen sei und die Natur nicht eines nothwendigen Eides, sondern des altteutschen Parteieneides an sich trage.

61) Namentlich kommen hier L. 5. §. 4. L. 6. D. (12. 3.) L. 3. C. (IV. 1.) in Betracht. Zur Unterstützung hat man auch noch L. 1. 31. D. (12. 2.) hierher gezogen.

62) Busch, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXI, S. 195—220.

die meisten Juristen überein[63]) und nur über die Natur desselben ist Streit. Es kann hiernach die Praxis, welche diesen Eid zuläßt, nicht in Abrede gestellt werden. Der Gerichtsgebrauch läßt diesen Eid unter folgenden Voraussetzungen zu: 1) die Forderung muß an sich richtig und daher, wenn sie bezweifelt war, bewiesen sein; nur über den Betrag des Schadens darf Zweifel sein; ist die Forderung selbst noch zweifelhaft, so kann der Gläubiger nicht zum Eide hinsichtlich der Größe des Schadensbetrages gelassen werden[64]); 2) es muß an anderen Beweisen für die Größe der Schuld fehlen und dieser Mangel darf nicht in einer Verschuldung des Gläubigers seinen Grund haben; 3) die angegebene Summe darf an sich nicht unwahrscheinlich sein, vielmehr mit den vorliegenden Umständen übereinstimmen; 4) der Gläubiger muß unbescholten sein und es darf kein Verdacht eines zu begehenden Meineides gegen ihn vorliegen. Die Zulässigkeit des Eides wird auch noch auf folgende Momente gestützt: 1) Wenn der Kläger auch für die Größe seiner Forderung mehr als halben Beweis geliefert hat, so ist die Zulassung zur eidlichen Bestärkung der Größe nichts weiter als Zulassung zu einem gewöhnlichen Erfüllungseide. Hat der Kläger nicht einmal eine geringe Wahrscheinlichkeit für die Größe der Forderung beigebracht, so würde, wenn auch bei einem speciellen Objecte der Fall zur Auferlegung eines Reinigungseides sich eignen würde, wenn der Streit eine Summe betrifft, der Quantitätseid sich schon nach der Natur eines in einer Streitsache über ein solches Object zu fordernden Notheides rechtfertigen; denn wenn man in einem solchen Falle nach gewöhnlichen Grundsätzen einen Reinigungseid erkennen wollte, so würde die Leistung eines solchen kein definitives Resultat haben, weil, wenn die Forderung bewiesen, die Größe derselben aber geleugnet ist, aus dem geleisteten Reinigungseide nur folgen würde, daß die Forderung nicht so groß sei, wie Kläger behauptete, nicht aber, wie groß dieselbe sei. 2) Das in den Gesetzen anerkannte iusiurandum expensarum[65]) ist nur eine Art des Quantitätseides; denn die auf eine Geldsumme gerichtete Forderung ist bewiesen, die Wahrscheinlichkeit der vom Kläger behaupteten Größe derselben ist der Richter hier zu prüfen im Stande. 3) Im kanonischen Rechte[66]) ist dieser Eid insofern anerkannt, als, wenn die gedachten Voraussetzungen zutreffen, und namentlich ohne Erwähnung eines gewissen Grades der Stärke des erbrachten Beweises, der Richter nach Beschaffenheit der Umstände einer von beiden Parteien einen Eid de dicenda veritate über die Größe der Forderung auferlegen soll, also

---

63) Vgl. die zahlreichen Citate bei Busch a. a. O. S. 206. Vgl. ferner Struben, rechtl. Bedenken I, 35. Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß S. 548. 7. Auflage.

64) Natürlich schließt dies nicht aus, daß, wenn die Schadenszufügung wenigstens halb bewiesen ist, der Beweis durch den Erfüllungseid vervollständigt und dann der Gläubiger zum Quantitätseide gelassen werde.

65) L. 13. §. 6. D. (3. 1.) KGO. v. 1555 Th. I, Tit. 66—68.

66) Cap. 32. X. (II. 25.)

entweder dem Kläger oder dem Beklagten, wobei letzterer, wenn ihm der Eid auferlegt wird, mit beschwören muß, wie groß die Summe wirklich sei. Ueber die Natur dieses Eides als eines Erfüllungseides, wenn der Kläger die Existenz seiner Forderung vollständig, die Größe derselben aber mehr als halb bewiesen hat, ist ebensowenig Streit, als daß, wenn die Voraussetzungen des iusiurandum in litem vorhanden sind, der Eid über die Größe der Forderung dessen Natur habe. Der Streit dreht sich darum, wenn die Voraussetzungen des Würderungseides vorliegen. Unserem Erachten nach ist der Gerichtsbrauch, welcher hier bei geliefertem Beweise der Existenz der Forderung hinsichtlich des Betrages den Quantitätseid unter den oben gedachten Voraussetzungen zuläßt, aus teutschrechtlichen Ansichten vollständig gerechtfertigt. Der altteutsche Parteieneid, wodurch eine Partei entweder die Wahrheit ihrer Behauptung erhärtete oder die Gegenpartei die Unwahrheit der vom Gegner aufgestellten Behauptung versicherte und wobei es sich im einzelnen Falle nur darum handelte, welche der Parteien näher zum Eide sei, hat sich im teutschen Proceßrechte in verschiedenen Anwendungen erhalten, als Eid zur Bestärkung der eigenen Behauptung in dem gemeinrechtlich anerkannten iusiurandum novorum, im Perhorrescenzeide, als Eid zur Entkräftung der Behauptungen des Gegners im Diffessionseide, Edictionseide u. s. w. Ganz dieselbe Natur hat auch der Quantitätseid als besonderer Eid. Er ist kein Eid, zu welchem sich der Gläubiger, der die Existenz einer Forderung erwiesen hat, deren Größe aber nicht erweisen kann, erbieten darf. Er ist kein richterlicher Eid, kein Nothseid, wie der Erfüllungseid oder Reinigungseid, sondern er ist ein dem Gläubiger zustehendes Recht, auf welches derselbe allerdings nur unter den obigen durch den Gerichtsgebrauch angenommenen Voraussetzungen Anspruch hat. Der Gläubiger muß auch, bevor er schwört, eine bestimmte Summe seiner Forderung behaupten. Findet der Richter die Umstände nicht geeignet, den Gläubiger zur eidlichen Bestärkung des angegebenen Betrages zu lassen, so hat er dem Beklagten aufzuerlegen, die vom Kläger angegebene Summe durch seinen Eid zu mindern und den wirklichen Betrag eidlich anzugeben. Etwas ähnliches hatte das altteutsche Verfahren und später noch der sächsische Proceß an dem sog. Minderungseide (iusiurandum minorationis)[67]. b) Hat Jemand, welcher zur Zurückgabe oder Herausgabe einer Sache oder zu deren Exhibition oder zur Restitution eines gewissen thatsächlichen Zustandes verbindlich ist, sich die Erfüllung entweder durch dolus oder culpa lata unmöglich gemacht oder befindet sich in beharrlichem Ungehorsam gegen den richterlichen Befehl, welcher dieselbe anordnet, so ist zu seiner Strafe der Kläger zur eidlichen Schätzung seines gesammten noch ungewissen Schadensanspruches befugt

67) Sächs. Landr. Bd. III, Art. 47, §. 1. Art. 51, §. 2. Alte kursächs. Proceßordn. Tit. 31, §. 1, 2. Ernest. P. O. P. I. Cap. 9, §. 18. Cap. 11, §. 1. Eisenach. P. O. Tit. 7, §. 6. Tit. 11, §. 4, 5. Rudolst. P. O. P. II. Tit. 20, §. 1, 2. Vgl. Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. I, §. 91.

(iusiurandum in litem)[68]). Dieselbe Befugniß hat der Kläger bei Klagen, welche auf irgend einen anderen Schadenersatz außer den gedachten Fällen gerichtet sind, wenn die Ermittelung des Schadensbetrages infolge einer gleichen Verschuldung des Beklagten auf andere Weise nicht möglich ist, also in subsidium. Der erwähnte Eid kommt im römischen Rechte vor bei arbitrariae und bonae fidei actiones, die auf Restitution oder Exhibition abzwecken, mithin auch bei in rem actiones, zur Schätzung des Werthes des Streitgegenstandes, mit Einschluß des Interesse, wenn der Schade durch dolus oder culpa lata entstanden ist[69]). Er ist dann auf stricti iuris actiones ausgedehnt worden, ohne daß hier die Beschränkung auf Restitution und Exhibition stattfindet, jedoch blos unter der Voraussetzung, daß sich der Werth des Streitgegenstandes auf andere Weise nicht ermitteln läßt, weil z. B. der Beklagte den Untergang der Sache verschuldet hat[70]). So weit der Betrag des Schadens schon feststeht, ist der Eid unnöthig[71]); auch kann der Gläubiger, wenn er den Betrag auf andere Weise erweisen kann, sich des Eides begeben oder ihn ablehnen[72]). Ueber die weitere Ausdehnung des Eides herrscht viel Streit. Die früher herrschende Ansicht hielt den Schätzungseid für ein allgemeines Mittel zur Feststellung des durch dolus oder culpa lata zugefügten Schadens nach subjectiver Ansicht und betrachtet ihn außerdem als subsidiäres Mittel zu demselben Zwecke bei solchen Schadenszufügungen, welche auch nur in culpa levis ihren Grund haben[73]). Für die Ausdehnung des Eides auf alle bonae fidei actiones ohne weiteren Unterschied, unter der Voraussetzung, daß der Schade durch dolus oder culpa lata entstanden ist, werden mehrere Gründe angeführt: nämlich die allgemeinen Aussprüche in einigen Stellen[74]), die Ausdehnung des Eides auf die Fälle, wenn Leistung einer Sache versprochen[75]) oder Herstellung eines heimlich verrückten oder veränderten Zustandes in Frage ist[76]), endlich eine Stelle, wo der Eid als Mittel

68) Vgl. den Artikel Eid Bd. III, S. 655 flg. Bei der großen Kürze, mit welcher dieses Eides dort Erwähnung geschieht, wird hier umständlicher davon gehandelt. Die ältere Literatur über diesen Eid s. bei Glück, Erl. der Pand. Bd. XII, S. 398, N. 91. Die neuere bei Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 197. Die Hauptschrift ist v. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 356 flg. Bd. VIII, S. 159 flg.

69) Beispiele in den Digesten in dem Titel de in litem iurando (12. 3.) Cod. (V. 53.) L. 18. pr. D. (4. 3.) L. 25. §. 10. D. (5. 3.) L. 68. D. (6. 1.) L. 7. D. (8. 5.) L. 16. §. 3. L. 21. §. 3. D. (20. 1.) L. 8. §. 1. L. 9. D. (25. 2.) L. 25. §. 1. D. (24. 3.)

70) L. 5. §. 4. L. 6. 9. D. (12. 3.)

71) L. 3. D. (12. 3.)

72) L. 71. D. (6. 1.) L. 2. C. (V. 53.) L. 4. pr. D. (12. 3.)

73) Vgl. Schröter a. a. O. S. 356 flg.

74) L. 5. pr. D. (12. 3.) et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur. L. 3. §. 2. D. (13. 6.) in hac actione, sicuti in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iuratur.

75) L. 5. §. 4. D. (12. 3.)

76) L. 15. §. 7. 9. D. (43. 24.)

zur Schätzung der Kosten der Ausbesserung einer dienenden Mauer erwähnt wird[77]). Gegengründe sind: der in mehreren Stellen enthaltene allgemeine Ausspruch, daß der Eid auf Fälle der restitutio beschränkt sei[78]), die Nichtzulassung des Eides bei der actio depositi contraria[79]), die Richtung aller der bonae fidei actiones, bei welchen der Eid zugelassen wird, auf ein restituere[80]). Der erste Gegengrund hat gegen sich, daß weder die angeführten Stellen noch andere ausdrücklich eine ausschließliche Beschränkung des Eides auf die Fälle des restituere und exhibere enthalten, daß vielmehr damit die Ausdehnung des Eides auf den Fall, wenn Leistung einer Sache versprochen ist, im Widerspruch steht[81]). Der zweite Gegengrund wird dadurch hinfällig, daß es in dem erwähnten Falle an der Voraussetzung der Schadenszufügung durch dolus fehlt. Dagegen ist der dritte Gegengrund entscheidend. Denn abgesehen davon, daß bei der emti actio, wenn der Verkäufer die Uebergabe der Sache hartnäckig verweigert, nur von einer Schätzung des Interesse des Käufers officio iudicis die Rede ist[82]), gehen alle die Fälle, welche bei dem zweiten für die Ausdehnung geltend gemachten Grunde angeführt sind, ebenfalls auf ein restituere, bezüglich auf ein Surrogat dafür[83]). Auch die allgemeinen Aussprüche über die Zulässigkeit dieses Eides bei in rem, ad exhibendum und bonae fidei actiones[84]) kann man, wenn sonst kein Grund für die Ausdehnung vorliegt, füglich mit der Beschränkung verstehen, dafern es bei diesen Klagen auf ein restituere oder exhibere ankommt, so daß also auch diese Aussprüche nicht für die Ausdehnung entscheiden. Man muß daher die neuere seit Schröter herrschend gewordene Ansicht für die richtige erkennen. Wenn auch restituere bisweilen im allgemeinen „schadlos halten" bezeichnet, so ist dieses doch nicht der Sinn des Wortes in den Stellen, wo es bei den bonae fidei actiones erwähnt wird. Es bezeichnet die Zurückgabe und Herausgabe einer Sache, die sowohl durch actiones in rem als durch actiones in personam gefordert werden kann, gleichviel ob

77) L. 7. D. (8. 5.)
78) L. 68. D. (6. 1.) L. 25. §. 1. D. (24. 3.)
79) L. 5. pr. D. (16. 3.)
80) So bei der actio depositi, L. 3. D. (12. 3.) L. 1. §. 26. D. (16. 3.), bei der actio commodati, L. 3. §. 2. D. (13. 6.), bei der actio locati, L. 48. §. 1. D. (19. 2.), bei der rei uxoriae actio, L. 25. §. 1. D. (24. 3.), bei der tutelae actio, L. 8. D. (12. 3.) L. 1. 2. 4. C. (V. 53.) L. 7. pr. D. (26. 7.) Vgl. Schröter a. a. O. S. 366 flg. Vangerow a. a. O. Bd. I, S. 198. Fritz a. a. O. S. 94 flg. Göschen, gem. Civil. Bd. II, Abth. II, S. 86. Sintenis a. a. O. S. 82, N. 36.
81) Auch die Schlußworte der L. 68. D. (6. 1.) ex quibus arbitratu iudicis aliquid restituitur beziehen sich nicht unmittelbar auf das iusiurandum in litem, sondern auf den ganzen Satz und besonders auf die manus militaris. Sintenis a. a. O.
82) L. 4. C. (IV. 49.)
83) Schröter a. a. O. S. 366 flg.
84) L. 5. pr. D. (12. 3.)

der Beklagte bloße Detention oder volles Eigenthum hat, oder mag der Kläger sich noch nie im Besitze befunden haben, wie z. B. der Legatar, welcher die legirte Sache vom Erben vindicirt. Es beschränkt sich das restituere auch nicht blos auf Rückkehr einer bestimmten einzelnen Sache in unseren Besitz, sondern es bezeichnet wie bei der actio doli und quod metus causa auch Herstellung des verminderten Vermögens. Es wird selbst Wiederherstellung eines veränderten factischen Zustandes darunter begriffen, wie bei dem interdictum quod vi aut clam und hier das iusiurandum in litem zugelassen [85]). Kurz das iusiurandum in litem ist im römischen Rechte bei den arbitrariae actiones zuläſſig und ein regelmäßiges Recht des Klägers bei diesen Klagen, wenn der Beklagte dem arbitrium keine Folge leistete; zu diesen Klagen gehören diejenigen, welche nicht actiones stricti iuris sind und zugleich auf Restitution oder Exhibition gerichtet sind [86]). — Weiter ist die Ausdehnung des Eides im heutigen Rechte streitig infolge der Gleichstellung der bonae fidei und stricti iuris actiones und infolge des Wegfalles der dem römischen Processe angehörigen Eigenthümlichkeit der arbitrariae actiones. Die früher herrschende Ansicht ließ infolge jener Gleichstellung den Eid heutzutage auch bei den ehemaligen stricti iuris actiones zu; dagegen haben Neuere sich wieder für die Fortdauer dieser Eigenthümlichkeit der stricti iuris actiones entschieden [87]), wofür sich jedoch kein genügender Grund auffinden läßt, nachdem der viel weiter gehende Unterschied der Klagen jetzt ohne irgend eine praktische Bedeutung ist. Hingegen sind mit dem Wegfallen der processualischen Eigenthümlichkeit der arbitrariae actiones nicht auch die materiell wesentlichen Voraussetzungen, unter welchen es zur arbitraria formula und mithin zum iusiurandum in litem kam, weggefallen, d. h. noch jetzt gelten für diesen Eid die Voraussetzungen des restituere und exhibere, und sie sind auch für die ehemaligen stricti iuris actiones als maßgebend zu betrachten, so daß bei ihrem Vorhandensein auch bei diesen Klagen der Eid stattfindet [88]). Das besondere iusiurandum in litem, welches bei stricti iuris actiones subsidiär vorkam [89]), muß nach denselben Grundsätzen ebenso bei allen Klagen ohne Unterschied statthaft sein, ebenso aber auch seine Eigenthümlichkeit für alle gelten. Die Voraussetzungen desselben sind in der einschlagenden Stelle nicht näher bestimmt. Es wird da von keinem restituere oder exhibere gesprochen, sondern von einer einfachen Stipulation, also wird ein tradere vorausgesetzt; ebensowenig ist des dolus

---

85) L. 15. §. 7. 9. D. (43. 24.) Vgl. besonders Savigny, Syst. Bd. V, S. 127 flg.

86) Savigny a. a. O. S. 123, 129 flg. Ueber die einzelnen hierher gehörigen Klagen vgl. ebd. S. 130 flg.

87) Schröter a. a. O. S. 389 flg.

88) Savigny a. a. O. S. 141 N. f, S. 145. Sintenis a. a. O. S. 83 Note.

89) L. 5. §. 4. D. (12. 3.)

oder der contumacia des Schuldners als Erforderniſſes gedacht, ſondern es iſt davon die Rede, daß der Gegenſtand der Leiſtung während des Verzuges untergegangen ſei. Dennoch muß dolus oder contumacia des Schuldners als Vorausſetzung dieſes ſubſidiären Eides feſtgehalten werden, ſchon nach der allgemeinen Regel über das iusiurandum in litem; die mora iſt kein Hinderniß dies anzunehmen, da ſie nicht nothwendig auf einer geringeren culpa beruhen muß. Schon die Erwähnung dieſes ſubſidiären Eides unter dem Namen iusiurandum in litem und mitten unter und neben Vorſchriften über den eigentlichen Eid dieſes Namens entſcheidet für das Feſthalten an der Natur des iusiurandum in litem, ſoweit nicht für den ſubſidiären Eid ausdrücklich Abweichungen beſtimmt ſind[90]). Obwohl der ſubſidiäre Eid nur bei den stricti iuris actiones erwähnt wird, ſo hindert doch nichts, ihn unter gleichen Vorausſetzungen auch bei bonae fidei actiones für anwendbar zu halten. Im heutigen Rechte kann die Ausdehnung noch weniger einem Zweifel unterliegen. Von dem Quantitätseide unterſcheidet ſich das ſubſidiäre iusiurandum in litem darin, daß es nicht, wie jener, einige Wahrſcheinlichkeit oder einen Beweis von noch ſo geringer Stärke für den Schadensbetrag vorausſetzt, dagegen aber verlangt, daß die Unmöglichkeit der Schätzung auf andere Weiſe durch dolus, culpa lata oder contumacia des Verpflichteten herbeigeführt worden iſt. Für das ſubſidiäre iusiurandum in litem wird noch die weitere Beſchränkung behauptet[91]), daß, weil bei den actiones stricti iuris die Formel keine Vermehrung oder Minderung des Gegenſtandes verſtattet habe, die eidliche Schätzung als Aushilfe zur Unterſtützung der aestimatio iudicis, ſich blos auf den Gegenſtand, deſſen Werth ſonſt nicht zu ermitteln geweſen wäre, beſchränkt und auf dieſe eidliche Schätzung der iudex ſeine eigene aestimatio geſtützt habe, ſo daß alſo nur die aestimatio rei, nicht der Betrag des Intereſſe, wie bei dem eigentlichen iusiurandum in litem, beſchworen worden ſei. Es iſt aber kein Grund vorhanden, dem ſubſidiären Eide, welcher in der fraglichen Stelle auch iusiurandum in litem genannt wird, den gewöhnlichen Umfang dieſes Eides abzuſprechen und dieſen als durch den Begriff gegeben zu leugnen[92]). Das Reſultat dieſer ganzen Ausführung iſt in den beiden oben an die Spitze der Lehre vom iusiurandum in litem geſtellten Sätzen enthalten. Hinſichtlich des iusiurandum in litem iſt es gleichgiltig, ob der urſprüngliche Gegenſtand, auf welchen es ankommt, eine bewegliche oder unbewegliche Sache war[93]).

---

90) Puchta, Pand. §. 226. Sintenis a. a. O. A. M. iſt Fritz a. a. O. S. 96.

91) Schröter a. a. O. S. 383 flg.

92) Sintenis a. a. O. S. 84, welcher auch noch mehr Gründe gegen die von Schröter behauptete Beſchränkung anführt.

93) L. 48. §. 1. D. (19. 2.), welche dagegen zu ſprechen ſcheint, kann nicht dagegen angeführt werden. Sind auch in der Stelle keine Grundſtücke genannt, ſondern blos bewegliche Sachen, und wird auch die Lesart non immobilem theils

Zur Leistung des Eides wird nur der dominus litis, kein Vertreter, gelassen[94]), was sich nach dem jetzigen Proceßrechte von selbst versteht. Vormünder werden, wenn sie wollen, zur Eidesleistung gelassen; gezwungen dazu können sie nicht werden[95]); analog gilt dies vom Vater wegen der Adventition der Kinder. Gegen Erben findet der Eid nur dann statt, wenn sie selbst sich eines dolus, culpa lata u. s. w. schuldig gemacht haben; wegen dergleichen Handlungen ihres Erblassers haften sie zwar; der Kläger muß aber hier seinen Schaden durch andere Beweise als den Würderungseid darthun[96]). Dasselbe gilt von Bürgen[97]). In dem Schaden, dessen Betrag durch den Würderungseid beschworen wird, ist sowohl der Sachwerth, als nach Befinden der Umstände daneben das Interesse oder auch letzteres allein begriffen[98]). Auf den wahren Sachwerth beschränkt sich die Schadenssumme, wenn der Kläger kein größeres Interesse als diesen Sachwerth hat[99]). Das daneben weiter reichende Interesse des Klägers tritt zu dem Sachwerthe hinzu und darf mit demselben in Einer Summe umfaßt werden. Wenn der Kläger noch die Sache selbst, aber unvollständig oder verschlechtert, erlangt, so wird dadurch die zu beschwörende Summe des Interesse gemindert[100]). Ist eine Geldsumme Gegenstand der Herausgabe, so bedarf es keiner Schätzung, weil ein bestimmtes Maß des Gegenstandes schon vorliegt; nur wenn darüber hinaus ein Interesse verlangt wird, ist Schätzung nöthig[101]). Nur das Interesse allein kommt in Betracht, wenn der

---

durch den Text der Basil. lib. XX. tit. I. cap. 47, theils durch die indices dieser Stelle von Stephanus und Cyrillus (Sch. Ὁ μισθωσάμενος und Sch. *Κυρίλλου* edit. Heimbach. T. II. p. 361) unterstützt, so kann dies nicht entscheiden, da der Eid an anderen Stellen in Bezug auf Grundbesitz vorkommt (L. 15. §. 7—9. D. (43. 24.) und die Erwähnung des Eides bei beweglichen Sachen sich genügend daraus erklären läßt, weil auf Antrag des Klägers eine Vertreibung des Beklagten aus der Detention eines Grundstückes durch richterlichen Zwang immer möglich ist. Sintenis a. a. O. S. 84. Für die Zulässigkeit des Eides in Bezug auf Grundstücke spricht aber noch besonders der Umstand, daß das interdictum de vi ursprünglich auf Grundstücke beschränkt und ein restitutorisches Interdict ist, bei welchem nach dem allgemeinen Ausspruche in L. 68. D. (6. 1. fin.) dieser Eid stattfand.

94) L. 7. D. (12. 3.)

95) L. 4. pr. D. (12. 3.) Wollen sie nicht schwören, so muß die Eidesleistung bis zu dem Alter ausgesetzt werden, wo der Pflegebefohlene selbst schwören kann.

96) L. 4. pr. D. (27. 7.) L. 1. 2. 4. 5. D. (V. 53.)

97) Arg. L. 73. D. (46. 1.) Vgl. Glück a. a. O. Bd. XII, S. 461.

98) L. 3. 10. D. (12. 3.) L. 7. pr. D. (26. 7.) L. 15. §. 7—10. D. (43. 24.)

99) L. 1. D. (12. 3.) Dabei muß jedoch noch vorausgesetzt werden, daß auch bei vorhandener contumacia keine Gründe dazu vorhanden sind, mehr als den Sachwerth zu verlangen, z. B. wenn der Gegenstand nicht so beschaffen war, daß er durch Benutzung einen Vortheil gewährte, auch dies gar nicht beabsichtigt war.

100) Arg. L. 3. §. 1. D. (13. 6.)

101) L. 3. D. (12. 3.)

Kläger, gleichviel ob durch spätere Folgsamkeit des Beklagten oder durch richterlichen Zwang gegen denselben, in den Besitz der Sache gelangt ist[102]), oder wenn ein gewisser Zustand, welcher gestört worden war, auf irgend eine Art wiederhergestellt worden ist[103]), oder wenn nur das Interesse in Frage kommt, wie bei der Exhibition[104]). — Der Würderungseid bezweckt nur den Beweis des Betrages des Schadens, keineswegs den Beweis, daß ein Schade zugefügt worden sei. Der Klaggrund, das Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, muß auf andere Weise erwiesen sein; darauf bezieht sich der Würderungseid nicht. Wenn also der Zweck der Klage Herausgabe oder Exhibition einer Sache oder Wiederherstellung eines früheren Zustandes war, so muß ebensowohl die Verbindlichkeit dazu anderweit dargethan sein[105]), als der dolus oder der Ungehorsam, aus welchem die Erfüllung derselben unterlassen wird, bewiesen sein muß, was sich beides von selbst versteht, da dieses Voraussetzungen der Zulassung zum Eide sind. Des Beweises des dolus oder des Ungehorsams ist der Kläger dann überhoben, wenn dieselben erst im Verlaufe des Rechtsstreites hervortreten, dann aber von selbst klar vorliegen, also nicht schon bei Erhebung der Klage vorhanden waren und die Klage auf Schadenersatz selbst mit begründeten. Dies kommt besonders im heutigen Processe häufig vor, wo oft erst in der Executionsinstanz sich die durch dolus oder contumacia des Beklagten herbeigeführte Unmöglichkeit der Restitution oder Exhibition in Natur herausstellt, also dann erst die Voraussetzungen des Würderungseides eintreten. Allerdings wird der dolus in manchen Fällen aus manchen anderen feststehenden Thatsachen geschlossen und es bedarf dann eines besonderen Beweises nicht. Z. B. wenn der Vormund kein Inventar errichtet hat, so wird angenommen, daß er dies aus dolus gethan habe, er müßte denn nothwendige und gerechte Gründe der Nichterrichtung anführen und beweisen[106]). Eines besonderen Beweises der Existenz eines erlittenen Schadens bedarf es niemals; vielmehr wird auf das Dasein eines Schadens geschlossen, sobald jene Voraussetzungen vorhanden sind; dagegen steht dem Beklagten zu, liegt ihm bezüglich ob, solche Umstände anzuführen und darzuthun, aus denen sich ergiebt, daß der Kläger ungeachtet des Daseins jener Voraussetzungen keinen Schaden erlitten habe; erbringt der Beklagte einen solchen Beweis, dann kommt es nicht zum Würderungseide. Der Würderungseid, indem er den Betrag des Schadens feststellt, faßt nothwendig zugleich das Dasein eines Schadens in sich und beweist also

---

102) L. 68. D. (6. 1.) Dann kommen die Früchte und die omnis causa in Betracht.

103) L. 15. §. 7—10. D. (43. 24.)

104) L. 10. D. (12. 3.)

105) Vgl. z. B. L. 2. §. 1. L. 3. 8. D. (12. 3.) L. 4. C. (V. 54.) L. 8. §. 1. D. (25. 2.)

106) L. 7. pr. D. (26. 7.)

dasselbe. Es hängt dies mit dem ihm beiwohnenden Charakter einer Strafe für den dolus u. s. w. zusammen, der sich hier eben darin zeigt, daß der Berechtigte das Dasein seines Schadens zugleich mit beschwört. Dieses zeigt sich dann noch viel mehr, wenn der Kläger neben dem Sachwerthe ein weiter reichendes Interesse oder wenn er ein solches allein beansprucht; der Kläger muß allerdings die einzelnen thatsächlichen Momente, die die Forderung eines solchen Interesse in dem angegebenen Betrage begründen, in der Klage anführen, weil letztere sonst wegen des Fehlers der Allgemeinheit zurückgewiesen werden müßte; allein eines besonderen Beweises derselben bedarf es nicht, vielmehr wird ihr Beweis zugleich durch den Eid über den Betrag des Schadens mit erbracht[107]). Ebenso ist es in den Fällen, wo der subsidiäre Würderungseid zulässig ist, mit dem Beweise des Daseins des Schadens, d. h.

---

107) L. 3. 10. D. (12. 3.) Die erste Stelle verlangt nichts weiter, als daß der Kläger beschwöre, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse. Wenn nun noch beispielsweise als Grund dieses Interesse angeführt wird, daß der Kläger, welcher Geld bei dem Beklagten deponirt hat, Geld unter einer Conventionalstrafe schuldete oder gegen Bestellung eines Pfandes, welches, weil ihm Beklagter die deponirte Summe ableugnete, veräußert worden ist, so kann nicht vorausgesetzt werden, daß der Kläger diese Umstände in der Klage gegen den Depositar verschwiegen und die Schätzung des Interesse nur in seinen Gedanken darnach getroffen habe; denn sonst könnte ja von einem Interesse, welches durch die verspätete Herausgabe des Depositum nicht ausgeglichen würde, nicht die Rede sein; vielmehr muß vorausgesetzt werden, daß der Kläger diese Umstände, um ein besonderes Interesse außer der Forderung der deponirten Geldsumme zu begründen, geltend gemacht habe. Ein besonderer Beweis derselben durch andere Mittel außer dem Würderungseide ist aber nicht nöthig; denn sonst hätte es z. B. wenn die Summe der Conventionalstrafe bewiesen worden wäre, gar nicht zum Würderungseide kommen können. Nach der zweiten Stelle wird der Kläger, welcher Exhibition von Urkunden verlangt, im Falle der nicht erfolgten Exhibition zum Eide gelassen, quanti sua interest, ea proferri. Dies setzt doch voraus, daß der Kläger ein Interesse, welches zu Geld veranschlagt werden kann, an der Exhibition der Urkunden habe, und zur Begründung jenes Interesse bedarf es der Anführung der behufigen thatsächlichen Momente, schon deshalb, um den Richter in den Stand zu setzen, darüber zu entscheiden, ob der Kläger zum Würderungseide zu lassen sei; daß aber diese Momente noch eines besonderen Beweises bedürften, wird nicht gesagt. Am meisten einleuchtend ist der Fall der L. 7. pr. D. (26. 7.). Wenn der Tutor kein Inventar errichtet hat, so wird der Pupill, weil die Vermuthung dafür ist, daß der Tutor die Errichtung des Inventars aus dolus unterlassen habe, zum Würderungseide hinsichtlich seines Interesse gelassen; zuvörderst muß aber doch angeführt werden, daß und welches Interesse der Pupill habe. Denn wenn er z. B. gar kein Vermögen hatte und auch keines später erworben hat, so bedurfte es keines Inventars; dieser Fall kann aber unter der necessaria et iustissima causa, warum der Tutor die Errichtung des Inventars unterlassen habe, wodurch die Präsumtion des dolus widerlegt wird, unmöglich begriffen sein. Es würde aber die Lage des gewesenen Pupillen sehr übel sein, wenn man außer dem Anführen, daß ihm Vermögen zugestanden habe, hier auch noch die Angabe der einzelnen Vermögensstücke und deren Beweis verlangen wollte, da ja der Pupill eben durch die dolose Handlung des Tutor außer Stand gesetzt ist, nähere Angaben darüber zu machen.

außer dem Klaggrunde ist nothwendig, daß die besondere Voraussetzung der Verschuldung des Beklagten durch anderweiten Beweis feststehe; die wirkliche Entstehung des Schadens wird aber, soweit sie nicht aus den bewiesenen Umständen geschlossen werden kann, ebenfalls durch den Eid über den Betrag des Schadens mit erwiesen. — Der Eid ist nur in Einem Falle noch von größerer Wirksamkeit in der Art, daß er schon allein die Existenz des Schadens darthut. Dies ist der Fall bei dem sog. iusiurandum Zenonianum[108]). Ueber die Natur dieses Eides herrschen verschiedene Ansichten[109]). Einige halten ihn für eine bloße Art des Würderungseides und finden den Unterschied blos in einer gewaltsamen Ablation. Andere sehen ihn als eine vom Würderungseide ganz verschiedene und besondere Eidesart an. Noch Andere behandeln diesen Eid als eine Unterart des Würderungseides der Wahrheit, finden aber in demselben doch zwei Eide, den einen über die Größe und Anzahl der verlorenen Sachen, den anderen über den Grad und das Maß der Schätzung. Die gewöhnliche Ansicht findet in diesem Eide eine besondere Art des Würderungseides mit der Erweiterung, daß für den Fall erlittener Gewaltthätigkeit auch das Dasein des Schadens selbst beschworen werden dürfe, während dieses bei dem gewöhnlichen Würderungseide für sich und durch andere Mittel darzuthun sei. Dagegen finden Andere in der betreffenden Constitution nur eine Anwendung der Regel, daß durch den Würderungseid die Existenz und Größe des Schadens dargethan wird, auf den Fall, wenn bei der Dejection aus dem Besitze eines Grundstückes zugleich angeblich bewegliche Sachen abhanden gekommen sind oder sonstiger Schade entstanden ist[110]), mit der Beschränkung, daß der Eid in diesem Falle nur immer erst in Ermangelung anderer Beweismittel eintrete und immer nur nach vorgängiger taxatio iudicis[111]). Die Constitution von Kaiser Zeno, auf welche sich dieser Eid gründet, ist vom Jahre 477[112]) und ist ziemlich unverändert in das kanonische Recht übergegangen[113]). Die Constitution handelt nicht von dem Falle, wenn bei der Dejection aus einem Grundstücke dem Dejicirten bewegliche Sachen abhanden gekommen sind; für diesen Fall hätte es derselben gar nicht bedurft, da die Grundsätze über das interdictum de vi völlig ausreichten und die bei der Dejection mit verloren

---

108) Auch dieses Eides ist in dem Artikel Eid Bd. III, S. 658 Erwähnung geschehen, aber so kurz, daß eine umständlichere Erörterung in diesem Zusammenhange angemessen sein wird.

109) Vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. XII, S. 473 flg. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Fritz a. a. O. S. 103 flg. Sintenis a. a. O. S. 87 flg. N. 50.

110) Schröter a. a. O. S. 409 flg. Vangerow a. a. O. S. 202. Puchta, Pand. §. 226.

111) Schröter a. a. O.

112) L. 9. C. (VIII. 4.)

113) Cap. 7. X. (I. 40.)

gegangenen beweglichen Sachen mit ersetzt werden mußten[114]), deren Existenz und Werth durch den Würderungseid mit dargethan wurden. Die Constitution spricht nicht vom interdictum de vi und daß sie im Codex unter dem Titel unde vi eingestellt ist, ist kein ausreichender Grund, sie auf dieses Interdict zu beziehen; sie spricht von res vi abreptae, von gewaltsamer Wegnahme überhaupt und in der allgemeinen Beziehung auf Gewalt nimmt sie auch das kanonische Recht. In dem Falle nun, wenn Jemand behauptete, es sei ihm persönlich irgend eine Gewalt angethan worden, in deren Folge er einen Schaden irgend einer Art insbesondre dadurch erlitten habe, daß ihm bewegliche Sachen dabei abgenommen worden seien, konnte derselbe nach dem vor der Constitution geltenden Rechte nicht verlangen, zum Würderungseide in der Art gelassen zu werden, daß er das Dasein und den Verlust dieser Sachen und die sonstigen factischen Voraussetzungen seiner Schadensforderung zugleich mit der Größe desselben eidlich erhärten dürfe, indem Fälle dieser Art gar nicht zu den Voraussetzungen des Würderungseides paßten. Auch besteht zwischen den Fällen der Dejection und sonstiger an einer Person verübten Gewalt folgender wichtige Unterschied. Bei der Dejection aus einem Grundstück ist die Vermögensverletzung klar und der Würderungseid des Interesse beweist, seiner Natur nach, sobald die Dejection erwiesen ist, bei der fortgesetzten Verweigerung vollständiger Restitution, den Betrag des Schadens zugleich mit den thatsächlichen Grundlagen des Schadens. Hingegen bei einer ausgeübten Gewalt anderer Art gegen eine Person ist der Eintritt eines Vermögensnachtheiles durch Verlust an Sachen keine nothwendige Folge der Gewaltthätigkeit, weil die Gewaltthätigkeit nicht gegen ein Vermögensrecht gerichtet ist; es ist nicht einmal ein Grund zur Vermuthung des Eintrittes eines Vermögensnachtheiles vorhanden; daher fehlte es an einem daraus allein hervorgehenden Interesse und es konnte daher nicht zur Beeidigung eines solchen kommen, sobald nicht anderweit bewiesen war, daß durch die gegen die Person verübte Gewaltthätigkeit auch wirklich ein Vermögensnachtheil zugefügt worden sei, daß also z. B. bei Gelegenheit jener Gewaltthätigkeit auch Sachen abhanden gekommen seien. Die Constitution ging nun weiter, indem sie den Eid auch auf die factischen Grundlagen des Schadens erstreckte, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Verlust durch andere Beweismittel nicht dargethan werden kann. Die Constitution enthält sonach eine ganz neue Anwendung des Würderungseides, keine Beschränkung einer bisherigen. In der Stelle des kanonischen Rechtes wird klar ausgesprochen, welche Punkte anderweit zu beweisen und welche zu beschwören seien; der subsidiären Natur des Eides wird darin nicht gedacht, ohne daß dieselbe dadurch für aufgehoben zu achten ist. Das Interesse, welches hier

114) L. 68. D. (6. 1.) verglichen mit L. 1. §. 32—34. 40. L. 3. §. 15. L. 14. 19. D. (43. 16.)

ebensowenig wie bei dem Würderungseide, auf den Sachwerth beschränkt ist, ist nach der römischen und kanonischen Gesetzstelle vor der Beeidigung jedesmal durch den Richter festzustellen. Der sog. Zenonianische Eid ist also der Eid, wodurch derjenige, gegen welchen persönlich Gewalt verübt worden ist und welcher bei Gelegenheit dieser Gewaltthätigkeit einen Vermögensverlust erlitten zu haben behauptet, nach vorgängigem Beweise der Gewaltthätigkeit, den behaupteten Vermögensverlust unter der Voraussetzung, daß er ihn anderweit nicht beweisen kann, zugleich mit dem vom Richter nach seinen Angaben vorher festzustellenden Betrage desselben beschwört. — Bei der Angabe der Summe, welche der Kläger durch den Würderungseid beschwören will, ist derselbe an keine bestimmte Summe gebunden, weder an den wahren Werth der Gegenstände, welche der Schade betrifft, noch an den objectiven Maßstab desselben überhaupt; lediglich seine subjective Ueberzeugung giebt den Maßstab für die Schätzung des Betrages seines Interesse, wobei natürlich seine besonderen Vermögensinteressen in Betracht kommen. Möglicherweise kann einer solchen Selbstschätzung auch ein sog. Affectionsinteresse mit zum Grunde liegen; die Zulässigkeit desselben bei der Selbstschätzung beruht darauf, daß die Motive der subjectiven Ueberzeugung des Klägers nicht in Betracht kommen, diese vielmehr blos von seinem Gewissen abhängen[115]). Der Richter ist aber verpflichtet, den

115) Die im Texte angedeutete Nichtbeschränkung des Klägers ergiebt sich aus L. 1. L. 4. §. 2. L. 8. L. 10. D. (12. 3.) L. 68. D. (6. 1.) Namentlich wird häufig gesagt, daß der Kläger in infinitum schwören könne. Dies kann nun nicht so verstanden werden, als gebe es gar keine Grenze; denn daß es eine solche gebe, ergiebt die taxatio iudicis. Auch muß es sonst eine Grenze außer der taxatio iudicis geben, weil auch bei dem Würderungseide ein Meineid vorkommen kann. L. 11. D. (12. 3.) Es ist demnach überhaupt anzunehmen, daß der Eid nicht zur Ziehung eines unerlaubten Gewinnes durch übertriebene Schätzung des Schadens gemißbraucht werden soll (L. 4. §. 2. D. (12. 3.)), vielmehr soll die Angabe des Schadensbetrages der Wahrheit möglichst nahe kommen. Da aber, wo es zum Würderungseide kommen soll, ein besonderer Beweis des erlittenen Schadens nicht verlangt wird, so muß nothwendig die subjective Ansicht und Ueberzeugung des Klägers von der Größe seines Schadens entscheiden. Aus dieser Nothwendigkeit erklärt sich auch wohl die früher allgemein angenommene Ansicht, daß der Kläger in der Regel auch seine Affectionen mit beschwören dürfe und nur ausnahmsweise den wirklichen Werth zu beschwören habe und die Gegenüberstellung des iusiurandum in litem veritatis und affectionis. Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. XII, S. 400, 421 flg., 461 flg. Diese Lehre ist als unrichtig fast allgemein aufzugeben. Sie ist besonders widerlegt von Schröter a. a. O. S. 395. Sell, Jahrb. Bd. I, S. 324 flg. Nur Fritz a. a. O. S. 99 flg. hat sich ihr in neuerer Zeit wieder angeschlossen, jedoch mit Beschränkung auf solche Fälle, wo man einen Gegenstand, zu dem man eine besondere Vorliebe gewonnen habe, was meist nur von Gewohnheit oder individuellem Geschmack herrühre, nicht um den gemeinen Preis, wohl aber um einen höheren Preis verkaufen würde; wo es nicht unvernünftig sei, wenn das Gesetz wolle, daß derjenige, der Jemanden muthwillig um die Sache bringe, ihm auch den höheren Preis ersetze. Dagegen bemerkt Sintenis a. a. O. S. 90 in der Note mit Recht, daß, um dies zugeben zu können, schon Jemand da sein müßte,

vom Kläger angegebenen Schadensbetrag nach seinem Ermessen der Umstände zu controliren; er darf zu diesem Behufe sowohl vor der Eidesleistung eine Summe bestimmen, die durch den Eid nicht überschritten werden darf, als auch nach der Eidesleistung die Summe ermäßigen und den Beklagten in eine geringere verurtheilen[116]. Im römischen Rechte ging die Befugniß des Richters in Ansehung der Zulassung des Eides soweit, daß geradezu gesagt wird, es hänge von ihm ab, ob er ihn zulassen wolle[117]. Dies ist aber mit den jetzigen processualischen Grundsätzen unvereinbar. Vielmehr muß jetzt, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen der Eid zuerkannt werden darf, auch ein Recht des Klägers darauf als begründet angenommen werden, so daß dessen Verfolgung in höheren Instanzen zulässig ist[118]. Die allgemeinen Gründe, welche die Nichtzulassung zu processualischen Eiden motiviren, sind natürlich auch hier wirksam, z. B. wenn die Entbehrlichkeit oder Unmöglichkeit des Eides feststeht. Ein ausdrücklicher Ausspruch des Richters über den Schadensbetrag ist nicht nöthig; auch sein Schweigen ist als Genehmigung des vom Kläger angegebenen Schadensbetrages anzusehen, da der Kläger ohne richterliches Decrect nicht zur Eidesleistung gelassen wird, in dem ihn zu der eidlichen Bestärkung des von ihm angegebenen Schadensbetrages zulassenden Decrete aber sonach auch die richterliche Billigung des Betrages liegt. Es hat aber der Beklagte, in dessen Interesse das richterliche Taxationsrecht angeordnet ist, gegen einen solchen richterlichen Ausspruch die gewöhnlichen Rechtsmittel, sowie auch dem Kläger das Recht zusteht, sich über die richterliche Herabsetzung des von ihm angegebenen Schadensbetrages zu beschweren und deshalb Rechtsmittel einzuwenden, so daß es möglicherweise noch zum Beweise der gegenseitig behaupteten Thatsachen kommen kann, wenn der Richter höherer Instanz ohne solchen eine sichere Taxation nicht für möglich hält. Ebenso kann auch der Richter, um taxiren zu können, zu seiner Instruction eine Beweisaufnahme verfügen, namentlich das Gutachten Sachverständiger einholen. Auf den Würderungseid darf übrigens der Richter nicht ohne Antrag des Klägers erkennen, als ob derselbe ein nothwendiger Eid wäre[119]; denn wenn auch dem Richter das Recht zusteht, dem Kläger die Zulassung zu diesem Eide zu gestatten oder aus hinreichenden Gründen zu versagen, so ist doch ein vorgängiges Erbieten des Klägers zum Eide nothwendig und wider des Klägers Willen darf ihm der Eid nicht auferlegt

---

welcher diesen höheren Preis bezahlen wollte, sonst werde in der That kein Vermögensrecht vergütet, sondern nur eine Idee des Beschädigten.

116) L. 4. §. 3. L. 5. §. 1. 2. D. (12. 3.)

117) L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. (12. 3.)

118) Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. II, S. 390 und die in N. 3 angeführten Schriftsteller.

119) Vgl. Schmid a. a. O. S. 390, N. 4.

werden[120]). Wenn ein Eid zur Schätzung der Größe einer Forderung dem Kläger ohne seinen Antrag auferlegt wird, so hat dieser Eid mit dem Würderungseide nichts gemein, sondern ist ein gewöhnlicher nothwendiger Eid. Die Meinung, daß der Kläger den ihm zuerkannten Würderungseid zu schwören nicht verbunden sei, sondern die Schätzung des Schadens blos dem richterlichen Ermessen überlassen könne, wenngleich das Urtheil, wodurch dem Kläger der Eid auferlegt wird, rechtskräftig geworden wäre[121]), dürfte processualisch jetzt da nicht zu rechtfertigen sein, wo gesetzliche peremtorische Beweisfristen existiren, indem es der aestimatio iudicis an den nöthigen thatsächlichen Grundlagen über die Schadenszufügung, die durch den Würderungseid mit zu erweisen waren, fehlt, und eine nachträgliche Beweisführung deshalb mit der gesetzlichen peremtorischen Beweisfrist nicht vereinbar sein würde. Bestritten ist, ob Justinian's oben erwähnte Constitution darüber, daß das Interesse bei denjenigen Contracten, qui certam habent quantitatem vel naturam, das Doppelte nicht übersteigen dürfe, auch auf den Würderungseid anwendbar sei[122]). Der Hauptgrund, welcher dafür angeführt wird, ist die allgemeine Tendenz der Justinianeischen Vorschrift. Dagegen wird geltend gemacht, daß sich diese Vorschrift nur auf die aestimatio iudicis beziehe, und dann, daß, da die betreffende Constitution für die casus incerti Ermittelung des wirklichen Schadens anordne, dadurch der Würderungseid oder doch sein Vortheil für den Kläger aufgehoben sein würde, was eine so wichtige Neuerung sei, daß sie hätte ausdrücklich, nicht blos implicite erfolgen müssen[123]). Dawider wird wieder erinnert, daß ja der Richter bei der ihm bei dem Würderungseide obliegenden Taxation von selbst auf den durch dolus Beschädigten Rücksicht zu nehmen nicht gehindert gewesen sei; Justinian habe also durch jene Vorschrift nicht etwas Neues, von der Natur des Würderungseides Abweichendes bestimmt, sondern nur das, was darüber früher gegolten habe, wieder eingeschärft und dabei dem richterlichen Ermessen eine allgemeine gesetzliche Grundlage gegeben[124]). Die allgemeine Tendenz der Justinianeischen Vorschrift wird auch von Anderen für entscheidend gehalten, hinsichtlich deren Anwendbarkeit auf die Fälle des Würderungseides aber unterschieden, ob in den Fällen, wo dieser Eid zur Anwendung

---

120) L. 71. D. (6. 1.) L. 2. C. (V. 53.) Dem ist auch nicht entgegen, wenn in L. 11. D. (12. 3.) von Paulus gesagt wird: de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere. Denn diese necessitas iuris geht eigentlich auf den Richter, welche unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Eid erkannt hat. Glück a. a. O. Bd. XII, S. 456.

121) Glück a. a. O. Bd. XII, S. 453.

122) Die verschiedenen Meinungen siehe bei Glück a. a. O. Bd. XII, S. 462 flg. Sell, Jahrb. Bd. I, S. 223 flg.

123) Fritz a. a. O. S. 104 flg.

124) Sell a. a. O. S. 232 flg. macht dieses geltend; er entscheidet sich für die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschrift auf den Würderungseid.

kommen soll, das simplum feststehe oder nicht[125]). Im ersteren Falle wird es dem Princip der fraglichen Vorschrift für gemäß erachtet, daß der Richter den Eid nicht über das duplum zulasse; im letzteren Falle, welcher der häufigere sein und gewöhnlich den Würderungseid veranlassen wird, wird es mit dem Zwecke des Würderungseides für unvereinbar gehalten, wenn der Richter nothwendig und immer erst eine Ermittelung des simplum veranlassen sollte, um das Maximum zu taxiren; der Richter solle nur nach seiner ungefähren Schätzung das simplum veranschlagen; dagegen habe er mit jener Berücksichtigung demgemäß die ganze zu beschwörende Summe zu taxiren und festzustellen, so daß die Beobachtung der fraglichen Vorschrift für diese Fälle im allgemeinen in der Pflicht des Richters bestehe, sein Ermessen dadurch mitbestimmen und begrenzen zu lassen, soweit die Voraussetzungen zu übersehen seien, soweit sei dieselbe auch überhaupt anwendbar, wenn schon es nicht immer streng auf die numerische Bestimmtheit ankomme, wie in den Fällen des gewöhnlichen Beweises der Größe des Schadens und Interesse. Wir glauben eine Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Fälle des Würderungseides gar nicht annehmen zu können. In der ganzen Constitution ist vom Würderungseide mit keinem Worte die Rede; sie enthält nur eine Vorschrift für die Richter, wenn sie selbst das Interesse festzustellen haben und paßt nicht auf den Fall des Würderungseides, wo nicht der Richter, sondern der Beschädigte durch seinen Eid das Interesse feststellt. Daß der Eid nicht auf übermäßige Schadensforderungen gerichtet werde, dafür leistet das dem Richter zustehende Recht der Taxation hinreichende Gewähr. Auch ist es nicht wohl denkbar, daß solche Stellen, welche bei dem Würderungseide davon reden, daß der Beschädigte in infinitum schwören dürfe, in die Digesten aufgenommen worden wären, wenn Justinian's Constitution sich auf den Fall des Würderungseides bezogen hätte. Endlich steht dem Richter das Recht zu, des geleisteten Eides ungeachtet, den Beklagten von allem Schadenersatz zu entbinden, sobald rechtliche Gründe dazu vorliegen[126]).

Heimbach sen.

---

125) Sintenis a. a. O. S. 91, N. 53.

126) L. 4. §. 3. L. 5. §. 2. D. (12. 3.) Der Widerspruch, welchen Schröter a. a. O. S. 407 zwischen beiden Stellen findet, insofern, als die erstere besondere Gründe voraussetze, wie neu aufgefundene Beweismittel, die zweite eine solche Begrenzung des richterlichen Ermessens nicht enthalte, kann leicht dadurch gehoben werden, daß die zweite so verstanden wird, daß dem Richter diese Befugniß zustehe, aber unter Voraussetzung von Gründen. Sintenis a. a. O. S. 92, N. 54.

Schadenszufügung nach der lex Aquilia (damnum iniuria datum)[1]. Die lex Aquilia, ein Plebiscit[2]), wahrscheinlich aus der Zeit, als der letzte Auszug der Plebejer nach dem Janiculus erfolgte[3]), um das Jahr 461 nach Roms Erbauung, handelte im ersten und dritten Capitel von eigentlichen Beschädigungen (damnum corpori datum); das zweite Capitel, von dem wir früher blos wußten, daß es außer Uebung gekommen sei[4]), handelte, wie wir erst seit der Entdeckung der Institutionen des Gajus wissen, von einer ganz anderen Art der Vermögensbeeinträchtigungen, indem es gegen den Adstipulator, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecit, eine actio auf das Interesse (quanti ea res esset) gab[5]). Das Gesetz trat an die Stelle mancher früherer Gesetze, welche denselben Gegenstand betroffen hatten, so daß namentlich verschiedene Bestimmungen der 12 Tafeln dadurch außer Anwendung kamen[6]). Beschädigungen, welche unter die lex Aquilia fallen. Das erste Capitel des Gesetzes handelt von der Tödtung eines Sclaven oder eines Stückes Vieh; das dritte Capitel spricht von sonstigen Beschädigungen; beide gebieten Ersatz, enthalten aber in den Grundsätzen, nach welchen der Schade zu berechnen ist, Abweichungen von einander[7]). Unter das dritte Capitel fallen auch Beschädigungen an Menschen und Vieh, soweit sie nicht im ersten Capitel begriffen waren, namentlich 1) das Tödten von Thieren, welche im wirthschaftlichen Sinne nicht zum Vieh (pecudum numero) gehören[8]); 2) die bloße Verwundung eines Menschen oder eines Thieres[9]); 3) die Beschädigung lebloser Gegenstände[10]). Wegen der im Buchstaben des Gesetzes begründeten Ansprüche fand die directe Klage aus dem Gesetze (legis Aquiliae actio, damni iniuriae actio) statt. Wegen der weniger im Buchstaben als im Geiste des Gesetzes begründeten Ansprüche wurde eine angepaßte Klagformel (utilis legis Aquiliae actio) oder eine in factum actio verstattet[11]). Die directa und utilis actio waren von

---

1) I. Quellen: Gai. Inst. Comm. III. §. 210—219. Inst. IV. 3. Dig. IX. 2. Cod. III. 35. II. Literatur: die ältere sie bei Glück, Erl. d. Pand. Bd. X, S. 307, N. 18; von neueren Schriften vgl. bes. Glück a. a. O. S. 306—391. Hasse, Culpa des römischen Rechtes §. 4—12, S. 20—83. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II, S. 690—703. Letzterem folgen wir hauptsächlich.

2) L. 1. §. 1. D. (9. 2.) Nov. 18. c. 8.

3) Theophil. ad pr. Inst. (IV. 3.) Ueber andere Ansichten über das Zeitalter dieses Gesetzes vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 675.

4) §. 19. Inst. (IV. 3.) L. 27. §. 4. D. (9. 2.)

5) Gai. Inst. Comm. III. §. 215.

6) L. 1. pr. D. (9. 2.)

7) L. 2. pr. L. 27. §. 5. D. (9. 2. pr.) §. 13. Inst. (IV. 3.) Gai. l. c. §. 210. 217.

8) Vgl. §. 1. 13. Inst. (IV. 3.) L. 2. §. 2. L. 27. §. 12. D. (9. 2.)

9) §. 13. Inst. (IV. 3.) L. 45. §. 1. D. (9. 2.)

10) §. 13. Inst. (IV. 3.)

11) §. 16. Inst. (IV. 3.) L. 12. 33. §. 1. L. 53. D. (9. 2.) L. 11. D. (19. 5.)

gleicher Wirkung[12]); auch die Wirkung der in factum actio wird gleich gewesen sein. Eine genaue Feststellung der utilis legis Aquiliae actio und der in factum actio scheint nicht wohl möglich; die in factum actio wurde ohne Zweifel in allen Fällen gegeben, wo im Geiste des Aquilischen Gesetzes ein Anspruch begründet erschien; zweifelhaft ist es, ob auch in allen diesen Fällen die utilis actio verstattet wurde und nicht vielmehr für sie gewisse Grenzen stattfanden. Den Umständen nach war es möglich, daß nebeneinander ein Anspruch aus dem ersten und aus dem dritten Capitel des Gesetzes begründet war, entweder so, daß eine Verwundung später den Tod herbeiführte, oder so, daß Verwundung und Tödtung ganz getrennte Handlungen waren; im zweiten Falle bestehen die beiden Ansprüche unabhängig von einander[13]); im ersten verhält sich dies zwar an sich ebenso; allein vermittelst einer Einrede kann bei der zweiten Klage das durch die frühere schon Erlangte in Abzug gebracht werden[14]). Neben dem Anspruche aus dem Aquilischen Gesetze können auch anderweite Ansprüche bestehen, welche auf Contracten oder contractähnlichen Verhältnissen, theils unmittelbar auf Uebertretungen beruhen können[15]). Selbst da, wo die Klage mehr im Geiste des Gesetzes, als im Buchstaben begründet ist, ist sie nicht blos subsidiär[16]). Die Ansprüche, welche aus dem Aquilischen Gesetze erwachsen, gehen an sich auf bloßen Ersatz[17]); nebenbei haben sie auch etwas von dem Charakter einer Privatstrafe an sich[18]) und daher eine gemischte Natur[19]). Gegenwärtig ist der Anspruch blos auf reinen Schadenersatz gerichtet[20]). Voraussetzungen. I. Tödtung eines Sclaven oder eines zum Vieh (im wirthschaftlichen Sinne) gehörigen Thieres, wovon das erste Capitel des Gesetzes handelt, enthält immer eine eigentliche Beschädigung, d. i. eine Veränderung einer Sache, welche deren Werth schmälert. Daher wurde auch der Ausdruck: ceterarum rerum damnum facere, im dritten Capitel auf solche eigentliche Beschädigungen im körperlichen Sinne (rei s. corporis damnum, damnum corpori datum) beschränkt, welche übrigens sowohl den Werth völlig vernichten, als ihn blos vermindern können. 1) Der Leib eines freien Menschen ist keine Sache; wenn aber eine Verletzung desselben den Verdienst schmälert oder Heilungskosten verursacht, so daß dadurch ein Vermögensverlust entsteht, so steht dies einer Beschädigung körperlicher Sachen gleich und

---

12) L. 47. §. 1. D. (3. 5.)
13) L. 32. §. 1. D. (9. 2.)
14) L. 46. 47. D. (9. 2.)
15) Vgl. die Citate bei Unterholzner a. a. O. S. 692. N. e.
16) L. 27. §. 9. L. 35. D. (9. 2.)
17) L. 34. §. 2. D. (44. 7.)
18) Daher wird die Klage aus dem Gesetze auch poenalis actio genannt. L. 23. §. 8. D. (9. 2.) §. 9. Inst. (IV. 3.)
19) Daher heißt die Klage auch mixta actio. §. 19. Inst. (IV. 3.) Vgl. auch Gai. Inst. Comm. IV. §. 9.
20) Glück a. a. O. S. 384 flg.

es wird deshalb eine utilis actio verstattet[21]; nicht so nach römischem Rechte bei der Tödtung eines freien Menschen, da diese nicht unter den Gesichtspunkt einer Vermögensverletzung gebracht werden kann[22]. Das ältere teutsche Recht verstattete im Falle einer Tödtung einen Anspruch auf das sog. **Wehrgeld**, welcher Anspruch aber gemeinrechtlich nicht mehr stattfindet, obwohl er in Partikularrechten, wie im gemeinen sächsischen, noch vorkommt[23]. Dagegen gestattet der heutige Gerichtsgebrauch denjenigen, zu deren Ernährung der Getödtete verbunden war, wie den unversorgten Kindern und der Witwe, welche ihres Ernährers beraubt worden sind, und deren eigenes Vermögen zu ihrem Unterhalte nicht hinreicht, einen mittelst der utilis legis Aquiliae actio oder mit der in factum actio zu verfolgenden Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt gegen den Todtschläger, gleichviel ob die Tödtung eine dolose oder culpose war und ohne daß auf den Grad der Culpa etwas ankommt[24]. 2) Der Verbrauch verzehrbarer Sachen gilt nicht als eine eigentliche Beschädigung, indem die Sache dadurch nicht verloren, sondern dem Verbrauchenden zu Gute gekommen ist; es wird indessen eine utilis legis Aquiliae actio verstattet[25]. Natürlich versteht sich dies mit der Beschränkung, daß nicht in dem Verbrauche ein furtum im römischen Sinne liegt; sonst finden die deshalb zuständigen Klagen statt. 3) Ist eine Sache nicht eigentlich zu Grunde gegangen, es ist aber ebenso als wenn sie dies wäre, weil sie Niemanden mehr etwas nützen kann, so ist dies zwar keine eigentliche Beschädigung; es wird aber im Geiste des Aquilischen Gesetzes ein Anspruch (in factum actio) verstattet[26]. 4) Dasselbe ist der Fall, wenn die Verminderung des Werthes einer Sache, die an sich nicht schlechter geworden ist, dadurch eingetreten ist, daß ihr fremdartige Bestandtheile beigemischt worden sind, deren Ausscheidung nur mit Mühe und Kosten oder auch gar nicht

---

21) L. 13. pr. D. (9. 2.) L. 3. D. (9. 1.)

22) L. 1. §. 5. D. (9. 3.)

23) Vgl. **Haubold**, kgl. sächs. Privatr. §. 302. **Heimbach**, Lehrb. des partik. Privatr. §. 259.

24) **Glück** a. a. O. S. 341 flg. und die von ihm angeführten Schriftsteller. **Schweppe**, röm. Privatr. §. 549. **Göschen**, Vorlesungen §. 591 a. E. **Sintenis**, gem. Civilr. Bd. II, S. 773.

25) L. 30. §. 2. D. (9. 2.)

26) **Sabinus** ließ in dem Falle, wenn Jemand verursachte, daß dem Anderen Geld, welches er in der Hand hatte, entfiel und dieses Geld keinem Anderen zu Gute kam, die damni iniuriae actio zu. L. 27. §. 21. D. (9. 2.) Dagegen ließ **Pomponius** in einer Anmerkung zu Sabinus in dem Falle, wenn Jemand einen silbernen Becher damni dandi causa, nicht lucri faciendi causa in das Meer versenkt hatte, nicht die damni iniuriae actio, wohl aber eine in factum actio zu. L. 14. §. 2. D. (19. 5.) Auch **Ulpian** gestattet, wenn Jemand fremde Waaren in das Meer wirft, um die seinigen zu retten, eine in factum actio, wenn er dabei übereilt zu Werke gegangen ist; die Klage gestattet er aber nur im Nothfalle; im Falle des dolus verstattet er die doli actio. L. 14. pr. D. (19. 5.)

möglich ist[27]). 5) Minder verwandt mit der Beschädigung einer Sache ist der nicht mehr vorkommende Fall, wenn Jemand die Flucht eines Sclaven befördert hat; doch findet hier eine in factum actio statt, selbst wenn es aus Mitleid geschehen ist[28]); ingleichen der noch mögliche Fall, wenn einem Thiere die natürliche Freiheit wieder gegeben worden ist[29]). 6) Am entferntesten verwandt ist der Fall, wenn eine Heerde oder ein Stück Vieh gescheucht worden, so daß es sich verlaufen hat und gestohlen worden ist; doch findet hier eine in factum actio statt; war beabsichtigt, daß das Vieh den Dieben in die Hände fallen sollte, so gilt dies als Beihilfe zu einem furtum, und es steht dann die furti actio zu[30]). 7) Als keine Beschädigung gilt das Fällen schlagbarer Bäume und das Mähen reifen Getreides, weil dadurch dem Eigenthümer u. s. w. durch die Ersparniß an Arbeitslohn sogar Vortheil erwächst; es findet deshalb die Klage aus dem Aquilischen Gesetze keine Anwendung. Hat eine Bemächtigung stattgefunden, so finden die Klagen wegen Entwendung statt[31]). II. Die Beschädigung muß Folge einer positiven Thätigkeit sein, weil ohne besondere vermöge Contracts oder eines contractsähnlichen Verhältnisses diesfalls obliegende Verbindlichkeit Niemand Anderen dadurch, daß er Beschädigungen von ihnen abwehrt, nützlich zu werden verbunden ist[32]). Daher fällt es nicht unter das Aquilische Gesetz, wenn Jemand ein Gebäude verfallen oder einen Garten verwildern ließ[33]). Ist die Handlung nur mittelbar Grund der Beschädigung, weil außer ihr noch das Mitwirken einer freien Naturkraft oder einer anderen Handlung vorausgesetzt wird, so wird zwar nicht die directe Aquilische Klage, wohl aber eine utilis legis Aquiliae actio oder eine in factum actio verstattet. Die Quellen unterscheiden corpore damnum dare[34]) und damni causam praestare[35]) oder occasionem damni praestare[36]). Durch den ersten Ausdruck wird die unmittelbare Beschädigung bezeichnet, welche die directa legis Aquiliae actio begründet; durch die beiden letzten die unmittelbare; doch bezieht sich der letzte besonders auf die Fälle, wo das noch hinzutretende Ereigniß mehr zufällig ist, als daß es als etwas Nothwendiges oder Gewöhnliches vorauszusehen wäre[37]). Die Klage aus dem Aquilischen

27) L. 27. §. 14. 20. D. (9. 2.)

28) §. 16. Inst. (IV. 3.) Vgl. L. 7. §. 2. D. (4. 3.)

29) L. 55. D. (41. 1.)

30) L. 50. §. 4. D. (47. 2.)

31) L. 27. §. 25. D. (9. 2.)

32) Im dritten Kapitel der lex Aquilia heißt es ausdrücklich: si quis alteri damnum faxit.

33) L. 13. §. 2. D. (7. 1.) Das Bedürfniß führte bei verfallenden Gebäuden hier zur cautio damni infecti.

34) §, 16. Inst. (IV. 3.)

35) L. 7. §. §. 6. L. 11. §. 1. L. 49. pr. D. (9. 2.)

36) L. 30. §. 3. D. (9. 2.)

37) Als unmittelbar beschädigende Handlung gilt es, wenn Jemand angestoßen wird, daß er in das Wasser oder in einen Abgrund stürzt und dadurch

Gesetze findet nicht einmal als utilis actio statt, wenn Jemand einen Anderen auf eine wissentlich widerrechtliche Weise verleitet hat, sich einer Gefahr preiszugeben, wodurch er eine Beschädigung durch Menschen oder Thiere sich zuzieht; hier ist vielmehr nur die actio de dolo begründet[38]). Ebensowenig ist eine utilis actio oder eine in factum actio begründet, wenn Jemand auf seinem Grundstücke etwas unternommen hat, wodurch dem benachbarten Grundstücke auf eine für dasselbe nachtheilige Weise das Wasser entzogen wird, weil man eigentlich nur das thut, wozu man berechtigt ist, daher hier von keiner Pflicht zur Entschädigung die Rede sein kann; geschieht es aber lediglich aus Bosheit, um dem Nachbar zu schaden, so kann nur die actio de dolo angestellt werden[39]). Ueber die bei der Ausdehnung der Aquilischen Klage einzuhaltenden Grenzen scheinen überhaupt die römischen Juristen nicht einverstanden gewesen zu sein[40]). III. Die Schadenszufügung muß als eine widerrechtliche (iniuria, culpa) betrachtet werden können[41]). Dazu gehört: 1) Widerrechtlichkeit an sich; es muß daher Jemand kein Recht gehabt haben, so zu handeln, wie er es gethan hat[42]). Daher ist die Obrigkeit in ihrem Rechte, wenn sie innerhalb der Grenzen ihrer Amtsgewalt handelt, wogegen sie bei Ueberschreitungen derselben

---

Schaden leidet (L. 7. §. 7. D. (9. 2.), oder wenn man zu viel aufladet und durch das Fallenlassen der Last Schaden anrichtet (L. 7. §. 2. D. (9. 2.), oder wenn man einen Hund, welchen man an der Leine hält, hetzt und dadurch Schaden zufügt (L. 11. §. 5. D. (9. 2.). Paulus nahm dasselbe selbst bei einem nicht an der Leine gehaltenen Hunde, den man hetzte, an (vgl. die zuletzt angeführte Stelle). Hiernach galt der durch ein von dem Beschädiger gehandhabtes Werkzeug zugefügte Schaden unbedenklich als eine unmittelbare Beschädigung und nur die Grenze der Anwendung dieses Grundsatzes war in Frage. Ueber die Fälle mittelbarer Beschädigung vgl. Unterholzner a. a. O. §. 674, N. c, S. 695 flg., welcher die in den Quellen aufgeführten Beispiele unter 22 Nummern mit Bezugnahme auf die einschlagenden Stellen aufzählt. In den Fällen mittelbarer Beschädigung geschieht meistens einer in factum actio Erwähnung; bisweilen ist von einer utilis legis Aquiliae actio die Rede; bisweilen ist unbestimmt von einem Klagrechte die Rede, so daß man selbst an die directe Klage denken könnte, wenn nicht die Natur der Sache zuwider wäre; einige Fälle sprechen von einer utilis actio, andere von einer in factum actio. Ueberhaupt sagt L. 33. §. 1. D. (9. 2.): In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.

38) L. 7. §. 6. D. (4. 3.) Anders ist es, wenn Jemand verleitet worden ist, sich selbst Schaden zu thun, z. B. dadurch, daß er auf einen Baum klettert. L. 4. D. (11. 3.) §. 16. Inst. (IV. 3.) Dann findet die utilis legis Aquiliae actio statt.

39) L. 1. §. 12. D. (39. 3.)

40) Vgl. L. 57. D. (19. 2.) L. 18. D. (8. 2.)

41) L. 2. pr. D. (9. 2.) Das Gesetz sagt im ersten Kapitel: qui — iniuria occiderit. Iniuria bedeutet hier überhaupt Unrecht (quod non iure fit). L. 5. §. 1. D. (9. 2.) Vgl. L. 1. pr. D. (47. 10.) Daher kommt anstatt damnum iniuria datum auch damnum culpa datum vor (L. 15. §. 46. D. (47. 10.)) und statt damnum iniuria dare wird auch damni culpam dare gesagt (L. 45. §. 4. D. (9. 2.))

42) L. 151. L. 155. §. 1. D. (50. 17.)

haftet[43]; ebenso der Lehrer, welcher den unfolgsamen Schüler züchtigt und dabei das billige Maß nicht überschreitet, während er bei Ueberschreitungen haftet[44]. So ist Selbstvertheidigung (vim vi repellere) erlaubt und für die dadurch herbeigeführten Beschädigungen ist man nicht verantwortlich[45]. Daher wird auch einem Privatmanne die Niederreißung eines anstoßenden Hauses zur Hemmung einer Feuersbrunst, obgleich solche eigentlich Sache der Obrigkeit ist, nicht als widerrechtliche Beschädigung zugerechnet, er müßte denn mit dem Niederreißen zu voreilig gewesen sein[46]. Ebenso wird man nicht verantwortlich, wenn bei einem Sturme das Ankertau eines fremden Schiffes gekappt wird, um das Zusammenstoßen mit dem eigenen Schiffe zu vermeiden[47]. Auch die Vernichtung einer besitzstörenden Anlage gilt nicht als widerrechtlich[48]. 2) Der Beschädiger muß zurechnungsfähig sein; er muß nämlich entweder wissentlich (dolo) sich vergangen oder doch mindestens durch Unbedachtsamkeit (eigentliche culpa) gefehlt haben[49]. Es kommt demnach das Aquilische Gesetz zur Anwendung, wenn man ohne die von einem ordentlichen Manne zu erwartende Bedachtsamkeit und Ueberlegung gehandelt hat, selbst wenn auch noch so wenig daran gefehlt hätte[50]. Es kommt darauf an, ob Jemand mit der Vorsicht und Ueberlegung gehandelt hat, welche billigerweise verlangt werden konnte[51]. Unkunde und Unerfahrenheit (imperitia) wird insofern als Verschuldung angesehen, als es Jemanden mit Grund zur Last gelegt werden kann, daß er etwas unternimmt, wozu ihm die nöthige Kenntniß und Erfahrung mangelt[52]. Auch ein Mangel an Körperkraft (infirmitas), wo solche zu einem gewissen Geschäfte erfordert wird, gilt als Verschuldung[53]. Nur besondere Umstände können den Mangel an Bedachtsamkeit und Ueberlegung entschuldigen. Dieser Entschuldigungsgrund tritt z. B. ein, wenn Jemand an einem Orte, wo Niemand vorüberzugehen pflegt, mit Abhauen von Zweigen eines Baumes beschäftigt ist und die herabfallenden Zweige

---

43) L. 29. §. 7. D. (9. 2.) L. 13. D. (18. 6.)

44) L. 5. §. 3. D. (9. 2.)

45) L. 45. §. 4. D. (9. 2.)

46) L. 49. §. 1. D. (9. 2.) L. 7. §. 4. D. (43. 24.) L. 3. §. 7. D. (47. 9.)

47) L. 29. §. 3. D. (9. 2.)

48) L. 29. §. 1. D. (9. 2.)

49) L. 5. §. 1. D. (9. 2.) Vgl. §. 3. 14. Inst. (IV. 3.) L. 27. §. 8. D. (9. 2.)

50) L. 44. D. (9. 2.) In lege Aquilia et levissima culpa venit.

51) L. 30. §. 3. D. (9. 2.) Vgl. L. 7. §. 2. L. 9. §. 4. L. 10. 27. §. 33. L. 29. §. 4. L. 30. §. 3. L. 31. 52. §. 4. D. (9. 2.) §. 4—8. Inst. (IV. 3.)

52) §. 7. 8. Inst. (IV. 3.) L. 133. D. (50. 17.) L. 7. §. 8. L. 27. §. 29. D. (9. 2.) L. 1. §. 5. D. (9. 1.)

53) §. 8. Inst. (IV. 3.)

Schaden anrichten[54]), oder wenn Jemand infolge eines Vertrages eine Sache in die Hände bekommen hat und vermöge der Natur des Vertrages die Haftung auf gewissenloses Benehmen (dolus) zu beschränken ist[55]). IV. Unter Ehegatten findet eigentlich ein Anspruch aus dem Aquilischen Gesetz während der Ehe nicht statt, doch wird an dessen Stelle eine in factum actio verstattet, welche aber selbst im römischen Rechte auf reinen Schadenersatz beschränkt ist[56]). Parteien und Zweck der Klagen aus dem Aquilischen Gesetz. I. Zur Geltendmachung der in dem Aquilischen Gesetze begründeten Ansprüche ist vorzugsweise der Eigenthümer der beschädigten Sache berechtigt[57]), welchem der Emphyteuta und Superficiar gleichzuachten sind[58]). Auch dem bonae fidei possessor wird der Anspruch verstattet[59]). Selbst diejenigen, welche ein dingliches Nutzungsrecht oder ein Pfandrecht an einer Sache haben, sind zu einem Anspruche befugt, soweit die Beschädigung ihrem Rechte Eintrag thut[60]). Im Falle der Beschädigung

---

54) L. 31. D. (9. 2.)

55) In solchen Fällen schließt nämlich die mögliche Haftung aus dem Vertrage die Klage aus dem Aquilischen Gesetz nicht aus; die vertragsmäßigen Verhältnisse müssen aber bei Beurtheilung der Verschuldung als erheblich in Betracht gezogen werden, wenn die Klage aus dem Aquilischen Gesetz angestellt wird. In L. 27. §. 29. D. (9. 2.) wird gesagt, daß Künstler, wenn ihnen Stoffe gegeben werden, welche bei dem Verarbeiten leicht schadhaft werden, sich durch die Verabredung zu sichern pflegen, daß sie die Gefahr dabei ausdrücklich von sich ablehnen, und es fällt diesfalls sowohl die locati actio als die Aquilische Klage weg. Gleiche Wirkung, welche hier die ausdrückliche Uebereinkunft hat, muß in anderen Fällen der sich von selbst verstehenden Natur des Vertrages beigelegt werden, obwohl es bestritten ist. Hiernach ist bei dem precarium und bei dem Depositum die aus dem Aquilischen Gesetz entspringende Verantwortlichkeit des Empfängers und des Depositar auf den Fall gewissenlosen Benehmens zu beschränken, da sie nach der Natur des Geschäftes nur dafür haften. Unterholzner a. a. O. S. 698, N. g.

56) L. 2. C. (V. 21.)

57) L. 2. pr. L. 27. §. 5. D. (9. 2.) Der widerrufliche Eigenthümer gilt vorläufig als Eigenthümer und hat mithin auch die Klage. L. 11. §. 7. D. (9. 2.) Wenn die beschädigte Sache zu einer noch nicht angetretenen Erbschaft gehört, so steht der Anspruch dem nachher eintretenden Erben oder, im Falle eines Vermächtnisses, dem Empfänger desselben zu. L. 43. D. (12. 2.) Vgl. L. 13. §. 3. L. 14. 15. 34—36. D. (12. 2.) Hat der Eigenthümer die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an Jemanden, nicht aber zugleich die Verpflichtung wegen Verwahrung zu haften, so daß er nicht einmal zur Cession der Klagen genöthigt werden kann, so kommt die Klage in Wegfall, weil den Eigenthümer kein Verlust getroffen hat. L. 19. D. (IV. 3.)

58) L. 5. §. 1. 3. D. (47. 7.) Dort ist blos vom Besitzer des fundus vectigalis die Rede. Allein vom Superficiar muß dasselbe gelten.

59) L. 11. §. 8. L. 17. pr. D. (9. 2.)

60) So wird dem Usufructuar und Usuar die utilis actio verstattet. L. 11. §. 10. D. (9. 2.) verglichen mit L. 17. §. 3. D. (7. 1.); dem Pfandgläubiger eine in factum actio. L. 17. pr. D. (9. 2.) Letztere Klage geht nach L. 30. §. 1. D. (9. 2.), wo sie utilis actio genannt wird, solchenfalls ad debiti quantitatem. Der Anspruch kann in solchen Fällen sogar gegen den Eigenthümer verfolgt werden. L. 12. L. 17. pr. D. (9. 2.)

stehender Früchte steht auch dem Pachter der Anspruch zu, obgleich er kein dingliches Recht hat[61]). Im übrigen aber haben die blos wegen eines persönlichen Anspruches auf eine Sache bei der Beschädigung Betheiligten kein Recht zur Geltendmachung eines Anspruches aus dem Aquilischen Gesetze, obgleich sie vielleicht Cession der deshalb zustehenden Klagen fordern können[62]). Der Leib eines freien Menschen kann kein Gegenstand des Eigenthums sein; hier gilt aber der freie Mensch statt des Eigenthümers und hat daher eine utilis legis Aquiliae actio[63]), welche, wenn er in väterlicher Gewalt steht, der Vater anstellen kann[64]). Daß nach dem heutigen Gerichtsgebrauche auch Frau und Kinder klagen können, wenn der Ehemann oder Vater getödtet worden ist, dessen ist bereits gedacht worden. II. Beklagter ist derjenige, welcher die Beschädigung entweder angestiftet oder vollführt hat, oder auch derjenige, welcher sie geduldet hat, wenn er die Verpflichtung hatte, sie zu verhindern. Mehrere Mitschuldige haften solidarisch, wobei sich die Eigenschaft einer Pönalklage darin zeigt, daß die Erfüllung von Seiten des Einen den Anderen nicht befreit[65]). Auch wenn es ungewiß ist, wer von mehreren Theilnehmern an einer schadenbringenden Handlung der eigentliche Urheber der Beschädigung war, kann jeder der Theilnehmer ungetheilt auf das Ganze verklagt werden[66]). Der heutige Gerichtsgebrauch weicht ab, indem er die Befreiung der Anderen durch die von Einem erfolgte Erfüllung annimmt[67]); diese Abweichung erscheint dadurch gerechtfertigt, daß überhaupt die Privatstrafen des römischen Rechtes nicht mehr anerkannt werden und daher auch die Aquilische Klage jetzt eine reine Schadenersatzklage ist. Wenn dagegen auch insofern abgewichen wird, daß zunächst nur der Urheber für den Schaden verantwortlich sein, der Gehilfe aber nur insofern haften soll, als seine Handlung den Schaden selbst bewirkt hat und der Urheber zum Ersatz unvermögend ist[68]), so verdient diese Abweichung keine

61) L. 27. §. 14. D. (9. 2.)

62) So wird die Klage aus dem Aquilischen Gesetze versagt: 1) dem Commodatar, L. 11. §. 9. D. (9. 2.); 2) der Ehefrau wegen der Dotalsachen, wegen welcher vielmehr der Ehemann als Eigenthümer das Klagrecht hat, zu dessen Cession er bei Restitution der dos genöthigt werden kann, L. 18. §. 1. D. (24. 3.); 3) dem Käufer einer Sache; vielmehr hat der Eigenthümer das Klagrecht, muß es aber auf Verlangen dem Käufer cediren, L. 13. §. 12. D. (19. 1.); 4) dem stipulator, welcher sich eine Sache hat versprechen lassen; der Verpflichtete ist hier nicht zur Bewahrung verbindlich, kann also auch nicht zu einer Cession genöthigt werden; es bleibt nur, wenn dolus erweislich ist, die actio de dolo übrig. L. 18. §. 5. D. (4. 3.)

63) L. 13. pr. D. (9. 2.)

64) L. 5. §. 3. L. 6. 7. pr. D. (9. 2.)

65) L. 11. §. 2. 4. D. (9. 2.)

66) L. 11. §. 2. D. (9. 2.)

67) Glück a. a. O. S. 385 flg. und die in N. 50 angeführten Schriftsteller.

68) Glück a. a. O. S. 386.

Billigung und man hat mit Unrecht die allerdings criminalrechtlich verschiedene Beurtheilung des Urhebers und des Gehilfen auch auf die civilrechtliche Haftung ausgedehnt. III. Das Verhältniß der Ehegatten schließt die Ansprüche aus dem Aquilischen Gesetze nicht aus [69]; auch sind sie unter Miteigenthümern statthaft [70]. IV. Der Anspruch aus dem Aquilischen Gesetze findet nicht statt, wenn diejenige Person, welche nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen allein zu diesem Anspruche befugt wäre, bei der Beschädigung kein Interesse hat, weil sie jedenfalls die Sache weggeben muß [71]. V. Der Anspruch geht auf das ganze Maß des erlittenen Verlustes, soweit dieser eine Schätzung zuläßt [72]. Das Nähere darüber ist folgendes: 1) Wird wegen Beschädigungen am Leibe eines freien Menschen Klage erhoben, so kommen diese nach römischem Rechte nur insofern in Betracht, als sie einen Vermögensverlust zur Folge gehabt haben; es kommen daher die Heilungskosten und der versäumte Verdienst oder der künftige Verdienst, dessen der Beschädigte dadurch, daß er durch die Beschädigung zur Arbeit untüchtig gemacht worden ist, entbehren muß, in Anrechnung [73]. Wegen Verunstaltungen findet ein Anspruch aus dem Aquilischen Gesetze nach römischem Rechte nicht statt [74]. Der heutige Gerichtsgebrauch läßt wegen Verunstaltung einer Person einen solchen, außer der Verbindlichkeit zum Unterhalte, wenn sie durch Lähmung oder Beraubung des Gesichtes zur Treibung ihres Gewerbes gänzlich unbrauchbar gemacht worden ist, auf Entschädigung zu, wenn dadurch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert worden ist, ohne daß dabei zwischen dem Geschlechte unterschieden wird [75]. Derselbe Gerichtsgebrauch läßt auch einen Anspruch auf Schmerzengeld aus dem Aquilischen Gesetze zu [76]. Auch letzterer Anspruch läßt sich aus dem römischen Rechte nicht begründen. Für das Schmerzengeld wird sich auf ein teutsches Reichsgesetz berufen [77], wo in Beziehung auf einen Richter, welcher ohne hinlängliche Anzeige die Folter rechtswidrig anwendet, davon die Rede ist, daß derselbe den dadurch Beschädigten wegen Schmach und Schmerzen nach Gebühr Ergötzung thun solle. Wir halten diesen Gerichtsgebrauch sowohl wegen des besonderen Anspruches wegen Verunstaltungen als wegen

69) L. 27. §. 30. L. 56. D. (9. 2.) Die Verurtheilung in das Doppelte zur Strafe des Ableugnens wird aber hier wegfallen müssen, wie ein neuerer Scholiast zu den Basiliken im Sch. 102. ad Basil. LX. 3. 27. T. V. p. 299. edit. Heimb. bemerkt.

70) L. 19. 20. D. (9. 2.)

71) L. 18. §. 5. D. (4. 3.)

72) L. 21. §. 2. D. (9. 2.)

73) Arg. L. 3. D. (9. 1.) L. 7. D. (9. 3.)

74) Arg. L. 7. D. (9. 3.)

75) Glück a. a. O. S. 389 flg. und die in N. 68—70 angeführten Schriftsteller.

76) Glück a. a. O. S. 388.

77) Peinl. Gerichtsordn. Karl V. Art. 20.

des Schmerzengeldes für wohl begründet und glauben solche auch aus dem Geiste des Aquilischen Gesetzes rechtfertigen zu können. Manche versuchen den im Reichsgesetze begründeten Anspruch wegen Schmach und Schmerzen auch aus dem römischen Rechte zu rechtfertigen, aber nicht aus dem Aquilischen Gesetze, sondern nach den Grundsätzen der Injurienklage [78]). Allein die fragliche Bestimmung der Reichsgesetzgebung läßt sich nicht blos aus dem Gesichtspunkte der Injurie begründen. Die Injurie setzt dolus, den animus iniuriandi voraus; solcher ist aber bei einem Richter, welcher ohne hinlängliche Anzeige die Folter rechtswidrig anwendet, nicht nothwendig anzunehmen; der Richter kann auch aus Unwissenheit, welche hier allerdings eine culpa lata sein würde, gefehlt haben; aber selbst bei vorhandener culpa lata, ob solche wohl sonst dem dolus gleichsteht, kann keine Injurie von Seiten des Richters hier angenommen werden, weil Injurie ohne dolus nicht denkbar ist. Ist demnach kein dolus, kein animus iniuriandi erweislich, und dieser Beweis ist nothwendig, da, wie bemerkt, die Anwendung der Folter ohne hinlängliche Anzeige auch in bloßer culpa ihren Grund haben kann, so kann der Anspruch auf Ersatz der Schmach und Schmerzen nur auf widerrechtliche Beschädigung (damnum iniuria datum) begründet werden, umsomehr, als der Richter zur Anwendung der Folter an sich nach dem Reichsgesetze befugt ist, mithin schon die Vermuthung gegen den animus iniuriandi streitet, und er durch ungerechtfertigte Anwendung derselben seine Amtsbefugniß nur überschreitet und gerade der Fall der Beschädigung durch Beamte, welche ihre Amtsbefugnisse überschreiten, im römischen Rechte unter den Gesichtspunkt des damnum iniuria datum gebracht wird. Die Größe des Schmerzengeldes hängt vom richterlichen Ermessen ab, welches dabei durch die Beschaffenheit der Verwundung oder Beschädigung und die Dauer der Kur geleitet wird. 2) Bei Beschädigungen von Sachen wird außer dem Werthe der verlorenen Sache an sich (corporis aestimatio) oder im Fall der bloßen Verschlechterung außer der Werthsverminderung auch noch der sonstige Verlust in Anschlag gebracht, nämlich a) die Werthsverminderung, welche daraus für eine andere Sache entstanden ist [79]); b) der Nachtheil, welcher dadurch entsteht, daß man die wegen einer solchen Sache eingegangenen Verpflichtungen nicht durch die Leistung derselben erfüllen kann [80]); c) die Nebenkosten und Nebenverluste, welche man gehabt hat, wobei jedoch Ungewisses nicht in Anschlag gebracht werden darf [81]). Bei der Schätzung des Werthes kommt zwar die bloße Vor=

---

78) Unterholzner a. O. S. 701, N. c.

79) Z. B. wenn ein Pferd aus einem Viergespann umgekommen ist, was nicht wieder ersetzt werden kann. L. 22. §. 1. D. (9. 2.) §. 10. Inst. (IV. 3.)

80) L. 22. pr. L. 55. D. (9. 2.)

81) L. 33. pr. fin. D. (9. 2.) §. 10. Inst. (IV. 3.) Gai. Inst. Comm. III. §. 212. Vgl. L. 23. §. 2. L. 29. §. 3. D. (9. 2.)

liebe (affectio) nicht in Betracht[82]); allein das Aquilische Gesetz ist in anderer Art strenger, indem der Beschädigte nicht den Werth, welchen die Sache zur Zeit der Beschädigung gehabt hatte, zum Grunde zu legen braucht, sondern, wenn er es vorzieht, in eine frühere Zeit zurückgehen kann, was auch dann gilt, wenn der Anspruch nicht im Buchstaben, sondern im Geiste des Aquilischen Gesetzes begründet ist[83]). Es kann nämlich nach dem ersten Capitel des Gesetzes, also in dem Falle, wenn ein Sclave oder ein Stück Vieh getödtet worden ist, um ein ganzes Jahr, von der Zeit der verübten Beschädigung gerechnet[84]), zurückgegangen und der höchste Werth, welcher irgend einmal während dieser Zeit stattgefunden hat, angenommen werden[85]); nach dem dritten Capitel, welches anderweite Beschädigungen einer Sache betrifft, darf nur auf einen Monat zurückgegangen werden[86]). Nach dem heutigen Gerichtsbrauche, wo die Klagen aus dem Aquilischen Gesetze reine Schadensersatzklagen sind, wird deshalb nur auf den Werth Rücksicht genommen, welchen die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ohne die verschiedenen Fälle des ersten und dritten Capitels des Aquilischen Gesetzes weiter von einander zu unterscheiden[87]). VI. Die im römischen Rechte begründete Verurtheilung des Leugnenden zur Strafe in das Doppelte bei der Klage aus dem Aquilischen Gesetze, sowohl der directen als der utilis actio[88]), fällt heutzutage weg[89]). VII. Eine besondere Verjährung findet bei diesen Klagen nicht statt, auch gehen sie durch Anstellung einer verwandten Klage nicht unter, außer insoweit durch diese dasselbe erreicht ist[90]). VIII. Wenn die schädlichen Folgen einer Handlung allmälig hervortreten, so ist mehrmalige Anstellung der Klage aus dem Aquilischen Gesetze zulässig; nur darf dadurch auf keinen Fall mehr verlangt werden, als wenn auf einmal wegen des ganzen Schadens geklagt worden wäre[91]). IX. Der Anspruch aus dem Aquilischen Gesetze fällt, wenn er einmal begründet ist, durch den ohne Schuld des

82) L. 33. pr. D. (9. 2.)
83) L. 12. D. (9. 2.)
84) L. 21. §. 1. D. (9. 2.)
85) L. 21. pr. §. 1. L. 23. §. 3. 5. L. 52. §. 2. D. (9. 2.) §. 9. Inst. (IV. 3.) Gai. Inst. Comm. III. §. 214.
86) L. 2. pr. L. 23. §. 5. 6. D. (9. 2.) §. 1. 13. 14. Inst. (IV. 3.)
87) Glück a. a. O. S. 384. Göschen, Vorlesungen §. 590 a. E. Sintenis a. a. O. Bd. II, S. 773.
88) L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. D. (9. 2.) L. 4. 5. C. (III. 35.)
89) Glück a. a. O. S. 385. Unterholzner a. a. O. S. 702. A. M. ist Sintenis a. a. O. Bd. II, §. 101, N. 73, S. 346 flg. Wir sind der ersteren Meinung, weil wir diese Strafe des Leugnens als auf eigenthümlichen römischen Ansichten beruhend für unanwendbar erachten. Auch Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 325 bezeugt, daß die wegen Leugnens auf das Doppelte gehenden Klagen hinsichtlich dieser Strafe im heutigen Proceßrechte keinen Eingang gefunden haben.
90) L. 7. §. 1. D. (13. 6.) L. 34. §. 2. D. (44. 7.) In letzterer Stelle ist das Einschieben des non vor remanere den Basil. LII. 1. c. 33. th. 3. entgegen.
91) L. 46. 47. D. (9. 2.)

Klägers erfolgenden Untergang der Sache nicht weg[92]); sind aber durch diesen Untergang schlimmere Folgen der Beschädigung, welche vorauszusehen waren, vermieden worden, so kommen diese nicht in Anschlag[93]). X. Der Anspruch geht auf die Erben über, nicht aber die Verantwortlichkeit nach römischem Rechte, außer wenn infolge der Beschädigung eine Bereicherung der Erben eingetreten[94]) oder die Klage bereits anhängig gemacht ist[95]). Da dies mit dem Charakter der Klage aus dem Aquilischen Gesetze als einer Pönalklage zusammenhängt, heutzutage aber die Klage reine Schadenersatzklage ist, so läßt der heutige seit Jahrhunderten feststehende Gerichtsbrauch die Klage gegen die Erben insoweit zu, als die Erbschaft reicht[96]). Wird das Eigenthum der verletzten Sache an einen Anderen übertragen, so wird dadurch nicht auch der Anspruch aus dem Aquilischen Gesetze übertragen, er muß vielmehr förmlich abgetreten werden; die Stelle[97]), welche man für eine sich von selbst verstehende Uebertragung angezogen hat, bezieht sich lediglich auf den Fall einer noch nicht angetretenen Erbschaft, wo die vor dem Antritt des Erben etwa begründete Klage auf den Erben nach dem Antritt übergeht.

Heimbach sen.

Schenkung (donatio)[1]). Ueber die Stellung der Schenkung im Rechtssysteme gab es von jeher sehr verschiedene Ansichten. In den Institutionen Justinian's wird sie unter die Erwerbungsarten des Eigenthums gesetzt[2]), offenbar mit Rücksicht darauf, daß der häufigste Fall der Schenkung sofortige Hingabe der Sache an den Beschenkten war. Die Schenkung ist aber an sich keine Erwerbungsart des Eigenthums, sondern nur in Verbindung mit der Tradition, deren iusta causa

---

92) L. 27. §. 2. D. (6. 1.)

93) L. 15. §. 1. D. (9. 2.)

94) L. 23. §. 8. D. (9. 2.) §. 9. Inst. (IV. 3.)

95) L. un. C. (IV. 17.)

96) Glück a. a. O. S. 387. Ueber die Begründung dieses Gerichtsbrauches bei den Delictsklagen überhaupt vgl. bes. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 51—54.

97) L. 43. D. (9. 2.)

1) a) Quellen der Lehre sind Paulus, Sent. recept. lib. V. tit. 11. Fragm. Vatic. §. 248—316. Th. Cod. lib. VIII. tit. 12—15. Inst. lib. II. tit. 7. Dig. lib. XXXIX. tit. 5. Lib. XXIV. tit. I. Inst. Cod. lib. VIII. tit. 53—55. (nach der gewöhnlichen Titelzahl 54—56). Lib. V. tit. 16. b) Literatur: Donellus, Comm. iur. civil. lib. V. cap. 2. §. 10. Lib. XIII. cap. 22. §. 7. 8. Lib. XIV. cap. 26—32. v. Mayerfeld, die Lehre von den Schenkungen Bd. I, 1835. Bd. II, Abth. I, 1837. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. IV, S. 1—297. Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. I, §. 23, S. 203 —215.

2) Inst. lib. II. tit. 7. In den Institutionen des Gajus hat sie diese Stellung nicht und es wird dort überhaupt von Schenkungen nicht absichtlich als einer Lehre, welche im Rechtssysteme ihren Platz erhalten müßte, gehandelt, vielleicht deshalb, weil sie kein einzelnes Rechtsgeschäft ist, sondern eine allgemeine Rechtsform, welche die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können.

sie allerdings sein kann, aber nicht mehr und nicht weniger, als wie der Kauf und andere Verträge, welche dann mit demselben Rechte als Theile der Lehre vom Eigenthum betrachtet werden müßten; ferner kann auch nicht blos Eigenthumsübertragung, sondern auch Nießbrauch, Emphyteuse, ein bloßes Versprechen durch Vertrag, Erlaß einer Schuld Gegenstand einer Schenkung sein, und es müßten daher alle diese Rechtsinstitute, insofern sie auf einer Schenkung beruhen, auch als Theile der Lehre vom Eigenthum behandelt werden [3]). Die Stellung der Lehre von den Schenkungen der Digesten und im Codex hängt wohl mit der Edictalordnung zusammen [4]), doch ist die Stellung in beiden Rechtsbüchern nicht ganz dieselbe [5]). In den Basiliken stehen die Schenkungen, wie in den Digesten, vor den Manumissionen [6]), aber nicht aus Anhänglichkeit an die Edictalordnung, von welcher die der Basiliken vielfach abweicht. In den neueren Systemen des Civilrechtes wird die Schenkung meistens unter die obligatorischen Verträge gestellt, ebenfalls mit Unrecht, da das Eigenthum, der Nießbrauch u. s. w. ebensowohl, wie ein solcher Vertrag, eine Schenkung enthalten können [7]). Diese verschiedenen Stellungen im Rechtssysteme, welche sämmtlich unbefriedigend erscheinen, rühren daher, daß man irrigerweise die Schenkung für ein einzelnes Rechtsgeschäft ansah, während sie in Wahrheit ein allgemeiner Charakter ist, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können. Deshalb ist ihr mit Recht von Savigny nach dem Vorgange von Puchta der Platz im allgemeinen Theile des Systems des Civilrechtes an der Seite des Vertrages angewiesen worden, mit dem sie durch die Allgemeinheit ihrer Natur und ihre mannigfache Anwendung von gleicher Art ist [8]). Der nachfolgenden Darstellung der Lehre liegt hauptsächlich die von Savigny zum Grunde.

---

3) Savigny a. a. O. S. 2.

4) Für die Digesten ergiebt sich dies daraus, daß im lib. XXXIX. tit. 5. mehrere Stellen aus Ulpianus lib. LXXVI. ad Edictum vorkommen.

5) So wird die Schenkung in den Digesten vor den Manumissionen, dem Erwerbe des Eigenthums und dem Besitze und vor den Interdicten abgehandelt, während im Codex alle diese Lehren vor den Schenkungen ihren Platz haben.

6) Basil. lib. XLVII. handelt von Schenkungen, lib. XLVIII. von Manumissionen; in den Digesten folgt lib. XL. von Manumissionen unmittelbar auf lib. XXXIX. tit. 5. 6., wo von Schenkungen inter vivos und mortis causa gehandelt wird.

7) Savigny a. a. O. S. 2 flg.

8) Savigny a. a. O. S. 3, welcher selbst Puchta, System des gem. Civilr. (1832) §. 35 und Lehrbuch der Pandekten §. 53 als Vorgänger nennt. S. jedoch schon Puchta, Instit. (1829) S. 35. Doch ist der Unterschied, daß der Vertrag in allen Arten der Rechtsverhältnisse vorkommen kann, die Schenkung aber nur bei vermögensrechtlichen Verhältnissen. Savigny a. a. O. N. c. Die Stellung im allgemeinen Theile billigt Sintenis a. a. O. S. 203, N. 1 hält es jedoch für systematisch richtiger, die ausschließlich gewissen Rechtstheilen angehörigen Theile der gesammten Lehre von der Schenkung auch bei diesen zu lassen, also das Schenkungsversprechen zu den Obligationen, die Schenkungen unter Ehegatten zum Eherechte, die Schenkung Todes halber zum Erb-

I. Begriff. Schenkung ist ein solches Rechtsgeschäft unter den Lebenden, wodurch der Eine aus seinem Vermögen an den Anderen etwas absichtlich dergestalt überträgt oder ein ihm zustehendes Recht zu dessen Vortheil aufgiebt, daß dieser nichts dagegen leistet, der Letztere also eine reine Vermehrung seines Vermögens erhält, der Erstere eine Verminderung desselben erleidet. Zu jeder Schenkung sind zwei Personen erforderlich, die eine heißt der Schenker, Schenkgeber (donator), die andere der Beschenkte, Schenknehmer (bei den Römern is, cui donatum est, is, qui donatum accepit, und andere Umschreibungen, bei den Neueren donatarius)[9]. Der Grund, warum dieser Begriff so und nicht anders aufgestellt und zur Grundlage eines eigenen Rechtsinstitutes gemacht werden muß, liegt in folgenden im römischen Rechte an die Schenkung (in dem vorläufig aufgestellten Begriffe) geknüpften ganz positiven Regeln, welche eine möglichst scharfe Bestimmung und Begrenzung des Begriffes der Schenkung nothwendig machen, nämlich 1) in den mannigfachen Einschränkungen der Schenkung seit alter Zeit, namentlich durch Festsetzung besonderer Formen der Willenserklärung; 2) in der Unmöglichkeit der Schenkung unter Ehegatten, während alle anderen Rechtsgeschäfte unter ihnen zulässig sind; 3) in der Widerruflichkeit der Schenkung in gewissen Fällen aus besonderen Gründen, während bei anderen Rechtsgeschäften in gleichen Fällen Widerruflichkeit nicht stattfindet. Vorzugsweise hat die zweite praktische Beziehung die römischen Juristen zur genauen Ausbildung des Begriffes der Schenkung veranlaßt, weniger sind darauf die Einschränkungen und Formen, und noch weniger der Widerruf von Einfluß gewesen, zumal letzterer erst nach der Zeit der classischen Juristen durch kaiserliche Constitutionen seine Ausbildung erhalten hat. Deshalb darf man aber nicht glauben, daß der von den römischen Juristen so scharf bestimmte und begrenzte Begriff der Schenkung sich blos auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten beziehe, bei welchen es sich hauptsächlich darum handelt, daß das Verbot nur gelte, wenn zugleich der Eine ärmer, der Andere reicher werde; es darf vielmehr jene Verminderung des Vermögens für den Einen und die Bereicherung des Anderen nicht als außer dem Begriffe der Schenkung liegend und etwa nur als eine der besonderen Bedingungen jenes Verbotes betrachtet werden, vielmehr gehört sie zur vollständigen Bestimmung des Begriffes der wahren Schenkung und ist auch bei der Insinuation und dem Widerruf zu berücksichtigen[10]. Die Schenkung hat allerdings auch

---

rechte zu stellen. Obwohl man diesem ebenfalls beipflichtet, wird doch hier, wo es nicht dem System gilt, die ganze Lehre zusammengefaßt.

9) In den Basiliken heißt der Schenker ὁ δωρούμενος, ὁ δωρησάμενος, der Beschenkte ὁ δωρεὰν λαμβάνων oder ληψάμενος.

10) Savigny a. a. O. S. 4—8. Dies leidet jedoch nach unserer Ansicht hinsichtlich der Insinuation und des Widerrufes wegen Undankes eine Ein-

ihre wichtige positive Seite als iusta causa der Tradition, als Titel der Usucapion, als causa einer obligatorischen Bereicherung, welche durch diese causa zu einem unanfechtbaren Rechtsgeschäft wird; allein zur genaueren Bestimmung des Begriffes der Schenkung hat nur die negative Seite, d. h. die oben gedachten Einschränkungen, geführt[11]. — Die Schenkung beruht auf Seiten des Schenkers in dem uneigennützigen Wohlwollen, welches der einzelnen Handlung zum Grunde liegt (beneficium, liberalitas, officium)[12]. Der Schenker bezweckt bei diesen Handlungen blos den Nutzen und Vortheil des Anderen, nicht seinen eigenen. Hiernach enthält jede Schenkung eine Liberalität, nicht aber umgekehrt. Der Ausdruck „Liberalität" bezeichnet auch jede Gefälligkeit oder Dienstleistung, der es aber an dem einen Merkmal der Schenkung, nämlich der Verminderung des Vermögens des Einen und Bereicherung des Anderen, an letzterer gewöhnlich, gebricht. Auf Seiten des Empfängers beruht die Schenkung auf der Bereicherung oder Vermehrung des Vermögens desselben. Der unentgeltliche Erwerb eines Rechtes, gleichviel ob des Eigenthums oder einer Obligation, für welchen der Erwerber vermöge der Natur des Geschäftes aus seinem Vermögen nichts aufopfert, wird als lucrativa causa, lucrativa acquisitio bezeichnet, im Gegensatz welcher die nicht unentgeltlichen Erwerbungen bei den Neueren onerosa causa heißen, während die Römer mit onerosum blos das Lästige, Unbequeme bezeichnen. Jede Schenkung enthält eine lucrativa causa, nicht aber umgekehrt, weil es dabei oft an einer Person, welche schenkt, fehlt[13]. Beides, Liberalität auf der einen, unentgeltlicher Erwerb auf der anderen Seite, wenn sie in Einem Geschäfte zusammentreffen, bilden ungefähr die Schenkung, aber nicht allein; es muß vielmehr zur Anwendbarkeit jener gedachten drei Regeln noch Manches als nähere Bestimmung hinzukommen. Der römische Ausdruck donatio ist aus dem täglichen Leben entlehnt und ist im Sprachgebrauche der römischen Juristen ebenso unbestimmt, wie er dort gebraucht wurde. In den meisten Stellen kommt er ohne Rücksicht auf die Anwendbarkeit jener Rechtsregeln vor, mit dem Hinzufügen, wie die donatio geeigenschaftet sein müsse, in welcher jene Regeln anwendbar sein sollen[14]. Letztere, juristisch allein wichtige donatio heißt dann,

schränkung, indem wir beide auf Schenkungen, welche Vertragsnatur haben, beschränken zu müssen glauben.

11) Savigny a. a. O. S. 8, 9.

12) Vgl. die Stellen bei Meyerfeld a. a. O. §. 1 u. 7.

13) Lucrativa causa umfaßt außer der Schenkung noch das Legat, das Fideicommiß, die Erbfolge aus Testament und Gesetz. L. un. C. de impon. lucrat. descript. (X. 36. (35.)) L. 108. §. 6. D. (30.) L. 83. §. 6. D. (45. 1.) Bei Erbschaften ist die Bereicherung des Erben der regelmäßige Fall; doch kann im einzelnen Falle, z. B. wenn die Schulden dem Vermögen gleichkommen oder es übersteigen, der Erwerb nicht lucrativ sein. Dagegen heißt das Legat nur uneigentlich donatio (§. 1. Inst. (II. 20.) L. 31. D. 31.) Die Erbschaft aber niemals.

14) L. 5. §. 8—18. L. 18. 25. 31. §. 1. D. (24. 1.) L. 23. pr. D. (39. 5.) L. 3. D. XLI. 6.)

wenn jene Regeln wirklich angewendet werden, donatio iure civili impedita, oder non concessa donatio[15]). In anderen Stellen wird donatio lediglich in den Fällen, wo jene Regeln anzuwenden sind, gebraucht, in allen anderen Fällen das Dasein der donatio überhaupt verneint[16]). Hiernach hatte der Ausdruck donatio bei den Römern einen weiteren und engeren Sinn; im weiteren wurde dadurch jede Liberalität bezeichnet, bisweilen aber auch die positive Seite der Schenkung dadurch hervorgehoben; der engere Sinn bezog sich auf die der Schenkung eigenthümlichen einschränkenden Rechtsregeln. Der teutsche Ausdruck Schenkung ist noch weniger bestimmt, als der römische donatio. Der juristische Begriff der Schenkung ist ganz in der Weise zu bestimmen, wie der der donatio im engeren eigentlichen Sinne, wo er die ausschließende Anwendbarkeit der positiven Rechtsregeln für die Schenkung bezeichnet[17]). Es muß dies schon deshalb geschehen, weil wir für die Lehre von Schenkungen einheimischer Rechtsnormen ganz entbehren und lediglich auf das römische Recht für das heutige praktische gemeine Recht hingewiesen sind.

Einzelne Erfordernisse des Begriffes der Schenkung. 1) Rechtsgeschäft unter den Lebenden[18]). Die Schenkung muß ein Rechtsgeschäft unter den Lebenden sein. Darin liegt erstens, daß ein Rechtsgeschäft vorausgesetzt wird, eine positive Handlung; eine bloße Unterlassung gilt nicht als eigentliche Schenkung; nur dann wird sie als solche angesehen, wenn dabei ein verborgenes Handeln zum Grunde liegt, und wenn die Unterlassung allein und ausschließlich eine unfehlbare Bereicherung des Anderen zur Folge hat[19]). Solche Fälle sind: Nichtgebrauch von Servituten in der Absicht, daß

---

15) L. 5. §. 18. L. 6. D. (24. 1.)

16) Vgl. L. 21. pr. L. 31. §. 6. 7. D. (24. 1.) vgl. mit L. 5. §. 13. 14. D. eod. L. 4. D. (39. 5.) vgl. mit L. 17. D. (24. 1.) L. 18. D. (42. 8.) Savigny a. a. O. S. 14, N. l.

17) Savigny a. a. O. S. 9—16. Derselbe macht S. 16 flg. das über die allgemeine Natur der Schenkung und über ihre Bezeichnung Gesagte anschaulich durch die Vergleichung mit der Lehre vom Besitze. Der Besitz hat eine natürliche Beziehung als dasjenige thatsächliche Verhältniß, welches dem Eigenthum, als einem Rechtsverhältniß, entspricht; zur Ausbildung einer Theorie des Besitzes aber würde diese natürliche Beziehung nie geführt haben; die Nothwendigkeit dazu trat erst dann ein, als man mit dem Dasein des Besitzes gewisse positive Wirkungen verband: die Usucapion und die Interdicte. Gleichwie dadurch die genauere Bestimmung des Begriffes, Erwerbes und Verlustes des Besitzes nöthig wurde, um zu wissen, wer auf die Usucapion und die Interdicte Anspruch machen könne; ebenso führten dazu bei der Schenkung die Insinuation, das Verbot unter Ehegatten, und der Widerruf. Nur ist bei dem Besitze der zweifache Sprachgebrauch, der auch für die Schenkung behauptet werden muß, bei den römischen Juristen mehr ausgebildet und durch genauere Bezeichnungen (possessio naturalis, civilis) schärfer bestimmt.

18) Savigny a. a. O. S. 18—23.

19) Vgl. über diese Fälle Savigny a. a. O. S. 565—586.

sie erlöschen[20]), Zulassung der Usucapion[21]), Nichtvorschützung von Einreden im Processe[22]). Zweifelhafter ist, ob absichtliche Zulassung der Klagenverjährung unter den Begriff der Schenkung falle, da es an einer gesetzlichen Bestimmung darüber fehlt; allein diejenigen, welche, wie der Verfasser dieses Artikels[22a]), als Folge der Klagenverjährung Verlust des ganzen Forderungsrechtes annehmen, können hier nur eine Schenkung annehmen[23]). — Zweitens wird ein Geschäft unter den Lebenden erfordert, wodurch von dem Begriffe der Schenkung jede Succession für den Todesfall ausgeschlossen ist, sowohl die Erbfolge, als das Legat, wenn auch letzteres bei den römischen Juristen bisweilen donatio genannt wird, aber keine wahre Schenkung ist, daher auch die Einschränkungen der Schenkung nie darauf angewendet worden sind. Die mortis causa donatio dagegen ist eine wahre Schenkung und war ursprünglich blos eine solche, erst nach und nach hat sie einen zwiefachen Charakter angenommen. 2) Veräußerung[24]). In Ansehung dieses Erfordernisses ist die Schenkung sowohl mit der Pauliana actio als mit der Faviana und Calvisiana verwandt, und der Begriff der Veräußerung ist bei allen diesen Rechtsinstituten völlig derselbe, nur weichen beide letzteren Institute von der Schenkung darin ab, daß bei ihnen Bereicherung auf Seiten des Empfängers nicht schlechthin nöthig ist. Wo das Erforderniß wahrer Veräußerung fehlt, ist keine Schenkung anzunehmen, sollten auch andere Erfordernisse, namentlich das uneigennützige Wohlwollen als Beweggrund, vorhanden sein. Es sind daher nicht als Schenkungen anzusehen: a) alle Handlungen zum Vortheil eines Anderen, wodurch der Umfang des Vermögens überhaupt nicht

20) L. 5. §. 6. D. (24. 1.) Aehnliches kommt bei der Pauliana actio vor. L. 3. §. 1. L. 4. D. (42. 8.)

21) L. 44. pr. D. (24. 1.) und zu deren Erklärung Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. I, S. 270 flg., 421 flg. u. Syst. d. heut. röm. Rechtes Bd. IV, S. 570—582.

22) Eine Analogie läßt sich daraus entnehmen, daß die absichtliche Unterlassung einer begründeten Replik gegen eine vorgeschützte Exception als eine wahre Schenkung betrachtet wird und unter Ehegatten eine Rückforderung durch Condiction begründet. L. 5. §. 7. D. (24. 1.)

22a) Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 436 flg. Ueber die Frage hinsichtlich der Wirkung der Klagenverjährung wird besonders gehandelt werden.

23) A. M. ist Savigny, Syst. a. a. O. S. 582, 583. Mir scheint aber auch selbst, wenn man infolge der Klagenverjährung nur eine Aufhebung der civilis obligatio annimmt, die Analogie der Pauliana actio, welche in dem Falle stattfindet, wenn der Schuldner in fraudem creditorum die Zeit der Klage ablaufen läßt (L. 3. §. 1. D. (42. 8.), dafür zu entscheiden, daß die Zulassung der Klagenverjährung als Veräußerung und daher als unter das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten fallend zu betrachten sei. Es finden jedoch auch sonst unleugbar Analogien zwischen beiden Instituten statt, z. B. daß als unzulässige Vermögensverminderung und Veräußerung die Ausschlagung eines deferirten, aber noch nicht erworbenen Rechtes nicht betrachtet wird. L. 5. §. 1. 3. 14. D. (24. 1.) L. 6. pr. §. 1—5. D. (42. 8.)

24) Savigny a. a. O. S. 23—52.

berührt, dasselbe nicht vermindert wird; deshalb liegt in dem Mandat, Depositum und Commodat keine Schenkung, sollte auch dadurch der Andere Geldausgaben erspart haben[25]); b) die Ausschlagung möglicher Vermehrungen des Vermögens oder das Unterlassen des Erwerbes von Rechten ohne Aufopferung eines erworbenen Rechtes[26]), z. B. Ausschlagung angefallener Erbschaften und Vermächtnisse[27]), absichtliche Verhinderung der Erfüllung einer Bedingung, unter welcher Jemanden etwas versprochen ist, von Seiten des Gläubigers[28]), absichtliche Nichterfüllung der Bedingung der Erbeinsetzung oder des Legates von Seiten des eingesetzten Erben oder des Honorirten[29]), absichtliche Unterlassung solcher Klagen, welche sich nicht vererben, wie der querela inofficiosi testamenti und der Injurienklage, weil sonst der Entschluß dazu den Erwerb enthält[30]). Hierher gehören zwar auch die in Note 25 a. E.

---

25) L. 9. §. 3. D. (23. 3.) L. 58. §. 2. D. (24. 1.) Das precarium wird zwar in L. 14. D. (43. 26.) L. 14. §. 11. D. (47. 2.) der donatio verglichen, allein offenbar hat hier donatio nur den unbestimmten factischen Sinn; auch ist blos von einer Aehnlichkeit mit der donatio die Rede. Savigny a. a. O. S. 27, N. i. Auch enthält das precarium bei seiner unbedingten Widerruflichkeit keine Veräußerung. Doch gehen auch die unter a. aufgeführten Handlungen in wahre Schenkung über, sobald die Handlung von der Art ist oder einen solchen Gegenstand betrifft, daß sie ihrer Natur nach sonst zum Gelderwerbe dient und diese Bestimmung hat, z. B. unentgeltliche Leistung solcher Dienste, welche regelmäßig für Geld verrichtet werden (L. 6. D. (38. 1.), unentgeltliche Ueberlassung von Grundstücken und Wohnungen, welche gewöhnlich verpachtet und vermiethet werden oder es werden könnten. L. 9. pr. §. 1. D. (39. 5.) L. 22. 28. D. (23. 4.) Vgl. Savigny a. a. O. S. 32 flg.

26) L. 28. pr. D. (50. 16.) L. 5. §. 13. 14. D. (24. 1.) Weil hier keine Veräußerung angenommen wird, wird weder die Pauliana noch Faviana hierauf angewendet, noch wird bei dem sog. beneficium competentiae der ausgeschlagene Erwerb zum Vermögen gerechnet. L. 6. pr. D. (42. 8.) L. 134. pr. D. (50. 17.) L. 1. §. 6. D. (38. 5.) L. 68. §. 1. D. (17. 1.) Auch in L. 45. pr. D. (49. 14.) ist anerkannt, daß Unterlassung möglichen Erwerbes weder Schenkung, noch überhaupt Veräußerung ist; nur in Bezug auf den Fiscus und dessen Klagrecht wird das non quaerere dem alienare gleich behandelt, weil auch in dem Ersteren eine fraus gegen den Fiscus liegt. Savigny a. a. O. S. 28 flg., N. n.

27) L. 5. §. 13. 14. D. (24. 1.) Dasselbe gilt davon, wenn Jemand den ihm geneigten Testator bestimmt, die ihm zugedachte Erbschaft oder Legat einem Anderen zuzuwenden. L. 31. §. 7. D. (24. 1.) Dem widerspricht nicht die in L. 14. §. 3. D. (23. 5.) anerkannte Möglichkeit der Bestellung einer dos von Seiten der Ehefrau dadurch, daß sie zum Vortheil des Mannes ein ihr zugefallenes Legat oder eine Erbschaft ausschlägt, indem, wenn die Frau mit dem Manne darüber einverstanden ist, dadurch nur eine überflüssige Förmlichkeit erlassen wird, da eine solche Bestellung nur eine Art von brevi manu facta traditio enthält, weil die Frau die Erbschaft oder das Vermächtniß doch hätte erwerben und dem Manne als dos geben können. Daß L. 5. §. 5. D. (23. 3.) nicht entgegenstehe, zeigt Savigny a. a. O. S. 30, N. 5.

28) L. 6. §. 1. D. (42. 8.) L. 1. §. 6. D. (38. 5.) Dort wird bei der Pauliana und Faviana actio keine Veräußerung angenommen; es liegt darin also auch keine Schenkung.

29) L. 1. §. 6. D. (38. 5.) Vgl. N. 28.

30) L. 1. §. 7. 7. D. (38. 5.) Vgl. N. 28.

erwähnten Fälle, in welchen die Aufgebung eines Rechtes gleichzeitig mit einer den Vortheil herbeiführenden positiven Handlung erfolgt; allein sie fallen wegen der Vermögensminderung auf der einen und der Vermögensvermehrung auf der anderen Seite unter den Begriff wahrer Schenkungen. Dagegen werden, obgleich diesen ähnlich, nicht als Schenkung betrachtet: die Darleihung ohne Zinsen [31]), Zahlung vor dem Termine [32]), Hinausschiebung des bereits eingetretenen Zahlungstermines; denn es fehlt hier an dem Merkmal der Schenkung, indem das Darlehen an sich unverzinslich ist und die Verzinslichkeit erst einen besonderen Vertrag voraussetzt, der aber ebensowohl ganz unterlassen und wenn er geschlossen ist, wieder aufgehoben werden kann, und in den beiden anderen Fällen der Gewinn auch nicht nothwendig ist. Dagegen liegt in dem Erlaß der Zinsenzahlung von Seiten des Ehemannes, dem solche von der Frau als dos bestellt ist, eine Schenkung [33]), und eine solche ist auch dann anzunehmen, wenn der Gläubiger ein bereits verzinsbares Capital einem Dritten als Nutzung überläßt, indem er diesem gerade den Betrag der Zinsen schenkt. c) Als Schenkung endlich werden wegen fehlender Veräußerung diejenigen Fälle im römischen Rechte nicht betrachtet, in welchen der Eine zwar etwas aus seinem Vermögen zum Vortheil des Anderen weggiebt, der Letztere aber ein außer dem Vermögen liegendes Recht dadurch erlangt [34]), z. B. die Freilassung eines Sclaven. Dieser Fall ist jetzt unpraktisch. Die Emancipation der Kinder gehört noch weniger hierher, weil die väterliche Gewalt kein Vermögensrecht ist. 3) Bereicherung [35]). Die Bereicherung, welche von der bloßen Veräußerung noch zu unterscheiden ist, besteht in der Vermehrung des Vermögens des Beschenkten in seinem Totalwerthe, dem letzten Erfolge nach. Die Veräußerung des Einen enthält eine Bereicherung für den Anderen nicht: a) wenn durch das Rechtsgeschäft nicht der Umfang des Vermögens erweitert, sondern nur die Ausübung und Verfolgung vorhandener Rechte gesichert wird; b) wenn der Gewinn durch entgegengesetzte Aufopferungen von Seiten des Erwerbers aufgewogen wird; c) wenn die anfangs vorhandene Bereicherung in der Folge wieder verschwindet. Zu a) wird daher als keine Schenkung betrachtet, die Zahlung der Expromission von Seiten dessen, dem nur eine naturalis obligatio obliegt [36]), die Herausgabe einer fremden Sache von Seiten des Besitzers derselben an den Eigenthümer,

---

31) L. 23. pr. D. (39. 5.)

32) L. 31. §. 6. D. (24. 1.)

33) L. 21. §. 1. L. 54. D. (24. 1.) Er verschenkt nämlich den Genuß der dos selbst.

34) Savigny a. a. O. S. 50 flg.

35) Savigny a. a. O. S. 52—77.

36) L. 19. §. 4. D. (39. 5.) Deshalb kann auch die Bestellung einer dos von Seiten der Ehefrau keine Schenkung sein, weil sie dazu naturaliter verpflichtet ist. L. 9. pr. §. 1. D. (12. 4.) L. 21. §. 1. D. (24. 1.) L. 19. D. (44. 7.) L. 32. §. 2. D. (12. 6.)

welcher vielleicht keine Beweise hatte, überhaupt die Befriedigung eines fremden Klagenanspruches, dessen Grund der Kläger nicht würde haben erweisen können, die Uebergabe des bloßen Besitzes, weil der Besitz an sich blos ein factisches Verhältniß ist, der Eigenthümer durch den Besitz juristisch nicht reicher, durch das Entbehren desselben nicht ärmer wird [37]); die Bürgschaftsleistung ist so wenig wie die Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld oder die Bestellung eines Pfandrechtes für eine eigene Schuld, selbst im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, eine Schenkung an den Gläubiger [38]). Zu b) schließt die Gegenleistung des Erwerbers die Bereicherung aus. Diese Gegenleistung kann eine bereits vorhergegangene sein [39]) oder eine mit dem Erwerbe gleichzeitige, wie bei dem Kauf und Tausch, wenn der Vertrag sofort beiderseits erfüllt wird, oder eine zukünftige, wie der Empfang eines Darlehens, weil das dadurch erworbene Eigenthum des Geldes die Verbindlichkeit zur künftigen Zurückzahlung mit sich bringt. Zu c). Dieser Fall unterscheidet sich von den unter a und b angeführten darin, daß in dem letzteren niemals eine Schenkung vorhanden ist, während in dem Falle unter c das Geschäft meistens zunächst eine wahre Schenkung ist, nach einiger Zeit aber eine solche zu sein aufhört, was den Sinn hat, daß die anfänglich zulässige Zurückforderung einer nach positiven Rechtsregeln ungiltig geschenkten Sache wegfällt, sobald die Bereicherung verschwindet. Dieser Grund der Ausschließung der anfangs zulässigen Zurückforderung einer wahren Schenkung wegen späteren Verschwindens der Bereicherung hat das römische Recht am sorgfältigsten und eigenthümlichsten bei der Schenkung unter Ehegatten ausgebildet. Es wird davon also bei den Schenkungen unter Ehegatten weiter unten zu handeln sein; jedoch mag hier vorläufig bemerkt werden, daß die dort aufgestellten Grundsätze auch auf die Rückforderung wegen mangelnder Insinuation und wegen Undankbarkeit anzuwenden sind [40]). 4) Absichtliche Bereicherung [41]). Das letzte Erforderniß ist die auf die Bereicherung des Empfängers gerichtete Absicht des Gebers, welche die Römer durch die Ausdrücke donandi causa, donationis causa,

37) L. 1. §. 4. D. (41. 2.) L. 1. §. 9. 10. D. (43. 16.) Daher hindert das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten nicht den Uebergang des bloßen Besitzes; der Empfänger erwirbt hier wahren Besitz, jedoch nur Interdictenbesitz, aber nicht Eigenthum und auch keinen Usucapionsbesitz, weil die dazu erforderliche iusta causa in der Uebertragung des bloßen Besitzes nicht liegt. Vgl. Savigny, Recht des Besitzes §. 5, 7, S. 26, 71—75. 6. Ausg.

38) L. 1. §. 19. D. (38. 5.) In den beiden ersten Fällen kann aber eine Schenkung an den Schuldner darin liegen, wenn es in der Absicht geschieht, keinen Regreß gegen ihn geltend zu machen.

39) Daher liegt in der Bezahlung einer Schuld keine Schenkung, weil der jetzige Empfänger regelmäßig nur eine Vergütung für etwas erhält, was er früher hingegeben hat.

40) Savigny a. a. O. S. 73—77.

41) Savigny a. a. O. S. 77—104.

donandi animo u. s. w. bezeichnen. Sie ist nothwendig auf Seite des Gebers, gewöhnlich vorhanden auf Seiten des Empfängers, aber hier nicht durchaus nothwendig. Diese Absicht ist so wesentlich zum Schenkungsbegriffe, daß ungeachtet des Daseins aller übrigen Bestandtheile desselben bei dem Mangel des animus donandi keine Schenkung angenommen werden darf. Das Dasein der Bereicherung ohne die Absicht, den Empfänger zu bereichern, ist möglich erstens, wenn selbst das Bewußtsein der Veräußerung oder der Bereicherung fehlt; zweitens, wenn dieses Bewußtsein zwar vorhanden ist, eine andere Absicht aber die Bereicherung ausschließt. Der erste Fall, und zwar des mangelnden Bewußtseins für die Veräußerung, tritt fast bei jeder Ersitzung oder Klagenverjährung ein, wo der Eine ärmer, der Andere reicher wird, ohne es zu wissen; häufiger ist zwar das Bewußtsein der Veräußerung vorhanden, es fehlt aber das der Bereicherung, z. B. bei Leistung einer Nichtschuld aus Irrthum, bei Erkaufung einer Sache über ihren Werth, oder Verkauf derselben unter dem Werthe aus Unkenntniß des wahren Werthes. Der zweite Fall besteht darin, daß der Eine wissentlich ärmer wird und den Anderen bereichert, aber mit einer bestimmten Absicht, welche die Absicht den Anderen zu bereichern nothwendig ausschließt, was nicht so zu verstehen ist, daß beide Absichten miteinander in Widerspruch stehen müßten; vielmehr wird in den meisten Fällen die wirklich vorhandene Absicht nur so überwiegen, daß dagegen die Bereicherung ganz zurücktritt und nur als eine unzertrennbare Folge zugelassen wird, ohne daß sie den Entschluß zum Rechtsgeschäft bestimmt, welches ebenso vollzogen sein würde, wenn auch keine Bereicherung daraus entstanden wäre. In allen Fällen dieser Art nehmen die römischen Juristen keine Schenkung an, zwar zunächst nur bei Gelegenheit der Schenkung in der Ehe, aber nicht mit Beschränkung hierauf, sondern so, daß die Schenkung in ihrer allgemeinen Natur dadurch bestimmt wird [42]). Fälle dieser Art sind, wissentliche Bezahlung einer Sache, deren man dringend benöthigt ist, über ihren Werth, wissentlicher Verkauf einer Sache unter ihrem Werthe aus Noth, wissentlicher Nachlaß von seinem Rechte bei einem Vergleiche, Nachlaßvertrag der Gläubiger mit einem zahlungsunfähigen Schuldner, bei welchem jedoch nach Umständen auch ein wahrer animus donandi vorkommen kann, so daß es eine thatsächliche Frage ist, ob Schenkung vorliege oder nicht; in anderen Fällen ist die Bereicherung nur die gelegentliche aber unfehlbare Folge der Familienverhältnisse, welche, wenn sie durch ein Rechtsgeschäft neu bestimmt werden, überwiegend sind, so daß die Bereicherung als untergeordnet zurücktritt und die wirklich vorhandene Bereicherung, weil die Absicht auf dieselbe nicht zu beziehen ist, nicht als Schenkung gilt [43]); in noch anderen Fällen ist persönliche Pietät gegen den Be-

42) L. 5. §. 2. D. (24. 1.) und dazu Savigny a. a. O. S. 80, N. b.

43) Daher wird nicht als Schenkung betrachtet die unentgeltliche Ueberlassung des Mitgebrauches eines Hauses oder anderer Sachen von Seiten

reicherten oder einen Dritten das eigentliche Motiv der Bereicherung, welche letztere dagegen als untergeordnete Folge zurücktritt[44]). — Die auf Bereicherung des Anderen gerichtete Absicht wird nicht durch Einmischung jedes anderen, besonders eines uneigennützigen Beweggrundes ausgeschlossen; die entfernteren Zwecke, welche der die Bereicherung des Anderen Wollende dabei hat, sind gleichgiltig. Bestritten ist dies nur in dem Falle, wo gerade der entferntere Zweck kein selbstsüchtiger, eigennütziger ist; wenn nämlich derselbe in einer Erweisung der Dankbarkeit besteht (remunerandi causa, sog. remuneratorische Schenkung).

---

eines Ehegatten an den anderen Ehegatten (L. 18. L. 28. §. 2. L. 31. §. 1. D. (24. 1.)). Die Bestellung einer dos von Seiten der Ehefrau an den Mann (L. 9. pr. §. 1. D. (12. 4.) L. 32. §. 2. D. (12. 6.) L. 21. §. 1. D. (24. 1.) L. 19. D. (44. 7.)). Die Bestreitung der Ausgaben durch den Mann für die Frau über das Bedürfniß hinaus (L. 15. pr. L. 21. pr. L. 31. §. 8. 9. 10. D. (24. 1.)). Der Uebergang der Hälfte des väterlichen Nießbrauches auf den Sohn bei dessen Emancipation (L. 6. §. 3. C. (VI. 61.) §. 2. Inst. (II. 9.)).

44) Daher gilt nicht als Schenkung vollständige Auszahlung eines Legates oder Fideicommisses von Seiten des Testamentserben ohne Abzug des falcidischen Viertheiles oder des anstatt desselben im Testamente ihm Vorbehaltenen, wenn solches aus Pietät gegen den Erblasser geschieht, welche Absicht in der Regel anzunehmen ist (L. 5. §. 15. D. (24. 1.); daß damit L. 67. §. 3. D. (36. 1.) nicht in Widerspruch stehe, zeigt Savigny a. a. O. S. 81, N. g; vgl. auch über die im Zweifel anzunehmende Absicht, daß die vollständige Auszahlung explendi fideicommissi causa geschehen sei, welche nur durch Beweis des Irrthums ausgeschlossen werden kann, L. 68. §. 1. D. (36. 1.). Wenn dagegen der Erbe einem ihm besonders befreundeten Legatar den Abzug erläßt, den übrigen nicht, so will Savigny a. a. O. den Erlaß als Schenkung, nicht als Pietät gegen den Verstorbenen betrachtet wissen. Ich glaube aber, daß, wenn der Erbe hier auch einen Unterschied zwischen den Legataren macht, dem Einen den Abzug erläßt, dem Anderen nicht, immer nur bei dem Erlasse zu präsumiren ist, daß es aus Pietät gegen den Verstorbenen geschehen sei. Selbst ein besonderes Versprechen, das Legat ganz ohne Abzug zahlen zu wollen, wird nicht als Schenkungsversprechen angesehen (L. 20. §. 1. D. (39. 5.)) und desfalls kein Unterschied gemacht. Der Fall, daß der Erbe dem einen Legatar die Quart abzog, dem anderen den Abzug erließ, ist doch gewiß häufig bei den Römern vorgekommen und dennoch ist nicht ein einziges Mal davon die Rede, daß in diesem Falle der Erlaß als Schenkung anzusehen sei. Die Pflege und Erziehung eines fremden Kindes ist eine Bereicherung des dazu verpflichteten Vaters oder des Kindes, wenn es vaterlos und vermögend ist. Ist das Motiv menschlicher Antheil (pietas) an dem Kinde, namentlich von Seiten eines Verwandten, so gilt es nicht als Schenkung. Das Motiv kann aber auch ebensowohl die negotiorum gestio sein, woraus gegen den zur Erziehung Verpflichteten eine Klage entsteht, als auch die Absicht zu schenken, woraus zwar keine Klage, aber die Anwendbarkeit der Einschränkungen der Schenkung entsteht. Im römischen Rechte wird nur der Zweifel zwischen den beiden ersten Absichten (pietas und negotiorum gestio) berührt, L. 27. §. 1. L. 34. D. (3. 5.) L. 11. 13. 15. C. (II. 18. (19.)) und welche anzunehmen sei, von der factischen Prüfung der Umstände abhängig gemacht. Unzweifelhaft schließt aber die aus den Umständen hervorgehende Pietät ebensowohl die Schenkung und negotiorum gestio aus, als die Umstände den animus donandi ergeben können.

Ueber diese sind die Ansichten verschieden [45]). Zwei stehen sich geradezu entgegen. Nach der einen ist das Geschäft reine Schenkung und allen positiven Rechtsregeln, wie jede andere, unterworfen [46]); nach der anderen ist es keine Schenkung, sondern steht einem sog. onerosen Geschäfte gleich [47]), woraus dann die Entbehrlichkeit der Insinuation, die Statthaftigkeit während der Ehe und die Unzulässigkeit des Widerrufes folgen würde. Zwischen beiden existiren Mittelmeinungen, nach welchen entweder nur für manche Fälle der Dankbarkeit die Schenkung ausgeschlossen, oder die Einschränkungen der Schenkung nur theilweise zugelassen werden [48]). Die richtige Ansicht ist, daß die remuneratorische Schenkung jeder anderen gleichsteht. Betrachtet man die Einschränkungen der Schenkung, so ist die Insinuation bei remuneratorischen Schenkungen eben so anwendbar, da bei ihnen leichtsinnige Verschwendung, gegen welche die Insinuation sichern soll, nicht minder denkbar ist, als bei anderen; das Verbot der Schenkung unter Ehegatten würde ganz illusorisch werden, weil, da jede wahre Ehe in beiderseitiger Liebe und Treue besteht, jede Schenkung als remuneratorisch gelten könnte; auch ist das Dasein der Dankbarkeit als Beweggrund des Gebens eben so unbestimmt, als schwer erkennbar, und ein angemessenes Verhältniß zwischen der empfangenen Wohlthat und deren jetziger Belohnung läßt sich schwer herausstellen. Endlich müßte, wenn hier das Dasein einer Schenkung in Abrede gestellt wird, das Gegebene als ein datum ob causam angesehen werden und dann im Falle des Irrthums regelmäßig mit einer Condition zurückgefordert werden können; diese wäre denkbar, wenn etwas in Hinsicht auf die Zukunft gegeben worden wäre, z. B. in der nicht erfüllten Voraussetzung eines Gegengeschenkes oder in der unerfüllten Hoffnung auf des Anderen Zuneigung; es findet jedoch in diesem Falle keine Condition statt [49]); es ist aber auch denkbar, daß bei einer remun. Schenkung die vorhergegangene Wohlthat irrig vorausgesetzt wird, in welchem Falle die Condition ebenfalls nicht Platz greifen soll [50]). Das römische Recht nimmt demnach in beiden Fällen kein datum ob causam, sondern eine wahre Schenkung an. Einzelne Stellen bestätigen dies theils, theils

---

45) Vgl. darüber Meyerfeld a. a. O. Bd. I, §. 19, S. 369 flg.

46) Sie wird vertheidigt von Fritz, Rechtsfälle Bd. I, N. 1. Meyerfeld a. a. O. S. 368 flg. Savigny, System Bd. IV, S. 88 flg. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 205 flg.

47) S. z. B. Schweppe, röm. Privatr. §. 503. v. Bülow, Abhandl. Th. II, N. 9.

48) So schließen z. B. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 445 und Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 30 flg., obwohl letzterer im ganzen der ersten Ansicht ist, doch die Widerruflichkeit wegen Undankbarkeit bei remun. Schenkungen aus.

49) L. 3. §. 7. D. (12. 4.)

50) L. 65. §. 2. D. (12. 6.)

begrenzen sie dies in etwas. Der Wiedervergeltung mit allgemeinster Bezeichnung geschieht in einer Stelle[51]) Erwähnung, welche den Fall einer dem Bürgen schenkungsweise geschehenen Acceptilation betrifft. Durch eine solche wird auch der Hauptschuldner befreit[52]); die Liberalität des Gläubigers kann aber rücksichtlich des Hauptschuldners oder rücksichtlich des Bürgen geschehen sein; das Erstere, um den Hauptschuldner um die erlassene Summe zu bereichern, so daß der Bürge nur gegen den möglichen Verlust, wenn er zahlen muß und der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, gesichert werden soll; das Letztere, um den Bürgen zu bereichern, was dadurch geschieht, daß er behandelt wird, als hätte er baar gezahlt, wodurch er die Mandatsklage gegen den Hauptschuldner auf die Summe der Schuld erwirbt. Darüber, welche von beiden Absichten anzunehmen sei, wenn es an einer ausdrücklichen Erklärung des Gläubigers darüber fehlt, spricht sich Ulpian[53]) dahin aus, daß, wenn der Gläubiger dem Bürgen etwas habe vergelten wollen (si fideiussorem remunerari voluit creditor), die letzte Absicht anzunehmen sei; die erste hingegen, wenn der Erlaß auf einem selbstständigen Entschluß beruhe, nicht zur Wiedervergeltung geschehen sei (non remunerandi causa, sed principaliter donando), wodurch ohne Zweifel gesagt werden soll, es komme darauf an, welchen von Beiden der Gläubiger habe begünstigen wollen. Zur Beantwortung dieser Frage wird als Beispiel das Merkmal der Wiedervergeltung angeführt, aber ohne dieses Merkmal für das alleinige ausschließliche zu erklären, wie daraus erhellt, daß vielmehr noch andere mehr entscheidende Merkmale hinzugefügt werden; daß das Geschäft aber im Falle der Remuneration keine wahre Schenkung sei, wird nicht gesagt[54]). Eine andere Stelle[55]) hat man als Beweis gegen die Behauptung, daß die remun. Schenkung eine wahre Schenkung sei, angesehen, weil man in ihr den Satz zu finden glaubte, daß zur Vergeltung empfangener Wohlthaten und Dienste eine naturalis obligatio bestehe, und daß eine solche Vergeltung, also eine remun. Schenkung, eine Art Tausch sei. Die Stelle handelt von einem redlichen Erbschaftsbesitzer, welcher bekanntlich nur zur Herausgabe dessen von der Erbschaft, wodurch er noch jetzt bereichert ist, verbunden ist, und nimmt, wenn derselbe ein Erbschaftsgrundstück verschenkt hat, auch wenn er die factische Erwartung eines Gegengeschenkes hat, keine Bereicherung desselben an[56]); nur wenn er das Gegengeschenk wirklich

51) L. 10. §. 13. L. 12. D. (17. 1.)
52) L. 13. §. 7. L. 16. §. 1. D. (46. 4.)
53) L. 10. §. 13. L. 12. D. (17. 1.)
54) Savigny a. a. O. S. 90—92.
55) L. 25. §. 11. D. (5. 3.) Vgl. darüber Meyerfeld a. a. O. Bd. I, S. 369 flg. Savigny a. a. O. S. 92—94.
56) Nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverint. Damit ist aber nicht die

empfangen hat, wird dies als eine aus der Erbschaft herrührende Bereicherung angesehen, indem nun unter beiden Personen Geschenke gleichsam ausgetauscht worden sind [57]. Es hat dies aber blos Beziehung auf den Umfang der Leistungen des Erbschaftsbesitzers, nicht auf die Frage, ob eine wahre Schenkung vorliege und die positiven Regeln der Schenkung anwendbar seien. Gegründeter Zweifel darüber, ob die Vergeltung früherer Dienste eine wahre Schenkung enthalte oder in ein anderes Geschäft übergehe, kann allerdings dann entstehen, wenn die frühere Dienstleistung eine solche ist, welche gewöhnlich in Geld vergütet wird und also gewerbsmäßig ist, und bei welcher nur im vorliegenden Falle kein Lohn bedungen war. Der Zweifel kann aus dem doppelten möglichen Gesichtspunkte entstehen, aus welchem der Geber den früheren Dienst betrachten kann. Entweder sieht er den früheren Dienst als Aeußerung uneigennützigen Wohlwollens an, wofür er jetzt durch eine freie Gabe sich dankbar bezeigen will, oder er faßt das Verhältniß als stillschweigenden Vertrag über eine Dienstleistung um unbestimmten Lohn auf; im ersten Falle ist die jetzige Gabe eine wahre Schenkung; im zweiten nach der Absicht des Gebers die bloße Bezahlung einer Schuld, welche Absicht den Begriff der Schenkung mit allen seinen Folgen ausschließt. Welche beider Absichten der Geber habe, ist eine blos thatsächliche Frage, für welche es auf die Auslegung des Willens ankommt; in keinem beider Fälle kann an eine remuneratorische Schenkung, welche von der Regel der gewöhnlichen Schenkung abwiche, gedacht werden. So ist eine dritte Stelle [58] zu verstehen, welche vielfach unrichtig aufgefaßt worden ist. Nur in einem Falle der remuneratorischen Schenkung ist eine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln der Schenkung positiv anerkannt, nämlich dann, wenn Jemand für die Rettung seines Lebens ein Geschenk giebt; hier wird die Gabe allerdings als wahre Schenkung angesehen; weil aber der geleistete Dienst ganz unschätzbar ist und gar nicht hinreichend belohnt werden kann, so wurden die gewöhnlichen Einschränkungen der Schenkung hierauf nicht angewendet [59].

---

eigentliche juristische naturalis obligatio gemeint, sondern nur die moralische Pflicht zur Wiedervergeltung, welche auf Sitte, Anstand und Ehrgefühl beruht. Meyerfeld a. a. O. S. 376. Savigny a. a. O. S. 93, N. i. Ebenso wird in L. 54. §. 1. D. (47. 2.) unter beneficii debitor nicht der Schuldner im juristischen Sinne verstanden. Savigny ebd.

57) Velut genus quoddam hoc esset permutationis. Es wird eine bloße Aehnlichkeit mit sehr vorsichtig gewählten Ausdrücken bezeichnet, an einen wirklichen Tausch, an ein Rechtsgeschäft wird nicht gedacht; es sollte nur angedeutet werden, daß die Handelnden bei ihren gegenseitigen Geschenken etwas Aehnliches empfanden, wie bei einem Tausche, woraus folgte, daß dem Erbschaftsbesitzer durch die Anrechnung des empfangenen Gegengeschenkes als eines erbschaftlichen Gewinnes kein Unrecht geschah. Savigny a. a. O. S. 93, N. k.

58) L. 27. D. (39. 5.) Savigny a. a. O. S. 94—96.

59) L. 34. §. 1. D. (39. 5.) vgl. mit Paul. Sent. V. 11. §. 6. Savigny a. a. O. S. 96 flg. Die in der Pandektenstelle ausgesprochene Unwiderruflichkeit

Eine Ausdehnung auf andere Fälle remuneratorischer Schenkungen und namentlich auf andere Fälle der Dankbarkeit ist aber unstatthaft[60]). — Die Schenkung kann auch mit einem anderen Rechtsgeschäft verbunden sein (negotium mixtum cum donatione)[61]). Wenn nämlich einer Gabe eine Gegenleistung gegenüber steht, deren Werth aber geringer ist, als der der Gabe, so wird durch die Gabe der Empfänger derselben theilweise bereichert, und es liegt in dieser Bereicherung, wenn darauf die Absicht des Gebers gerichtet ist, eine wahre Schenkung, und es ist dieselbe Handlung zum Theil Schenkung zum Theil ein anderes Rechtsgeschäft, und das in der Gabe übertragene Recht gilt nur als theilweise geschenkt. Als Schenkung gilt die Gabe, insoweit deren Werth den der Gegenleistung übersteigt. Fälle dieser Art sind: a) Verkauf einer Sache unter dem wahren Werthe mit der Absicht, den Käufer zu bereichern[62]); b) Erlaß der Evictionsleistung bei dem Kaufe, worin eine

---

der Schenkung bedeutet hier die Befreiung von allen Einschränkungen der Schenkung; denn der Widerruf ist der praktische Erfolg aller dieser Einschränkungen. Zwar beschränkt Marezoll, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 37 die Unwiderruflichkeit auf den Widerruf wegen Undankes, weil die fehlende Insinuation Nichtigkeit, nicht Revocation bewirke; dagegen bemerkt Savigny a. a. O. S. 98, N. 5 mit Recht, daß auch die Nichtigkeit sich praktisch nur durch Widerruf zeige.

60) Savigny a. a. O. S. 98 flg. gegen Mühlenbruch, Pandektenr. §. 445.

61) L. 18. pr. D. (39. 5.) Vgl. Savigny a. a. O. S. 99 flg.

62) Unter Ehegatten ist ein solcher Kauf giltig und nur die Schenkung ist ungiltig; ein aber blos in der Absicht zu schenken unternommener und ohne diese Absicht sonst ganz unterbliebener Kauf ist unter Ehegatten ganz und gar ungiltig. L. 5. §. 15. D. (24. 1.) Nicht im Widerspruch stehen, sondern nur unvollständiger sind L. 32. §. 26. D. eod. L. 5. §. 2. D. eod. L. 38. fin. D. (18. 1.) L. 17. pr. D. (16. 1.) Verschieden davon ist der Fall eines Scheingeschäftes, wo das Geschäft die ostensible Form eines Kaufes hat, in der That aber eine bloße Schenkung beabsichtigt wird, z. B. wenn zugleich verabredet wird, daß der Kaufpreis nicht bezahlt werden solle, oder wenn der Kaufpreis zu dem wahren Werthe der Sache in einem so geringen Verhältnisse steht, daß er gar nicht als ernstlich gemeint gelten kann. Als Kauf ist ein solches Geschäft nach allgemeinen Grundsätzen ungiltig, als Schenkung giltig. Nach älterem römischen Rechte ist ein solches Geschäft überhaupt ungiltig, so lange nicht Tradition hinzutritt (L. 36. 38. D. (18. 1.) L. 3. 9. C. (IV. 38.) L. 6. D. (41. 6.) L. 7. §. 6. L. 32. §. 25. D. (24. 1.) L. 15. C. (V. 16.) Meyerfeld a. a. O. S. 306 flg.), weil das Schenkungsversprechen früher nicht klagbar war; im neueren Rechte, wo das Schenkungsversprechen klagbar ist, bezüglich unter hinzutretender Insinuation, ist ein solches Geschäft als Schenkung giltig. Auch Cessionen von Forderungen unter dem Nennbetrage würden nach den angegebenen Regeln zu beurtheilen sein; eine solche Cession wegen Unsicherheit der Forderung würde reiner Kauf sein; geschähe sie zur Bereicherung des Käufers, so würde sie theilweise Schenkung sein. Allein diese theilweise Schenkung ist, weil das Erste ganz verboten ist (L. 22. C. (IV. 35.)), ungiltig und der Cessionar kann nicht mehr einklagen, als er wirklich für die Forderung gezahlt hat, auch wenn Schenkung des Ganzen simulirt und eine geringere Summe heimlich gezahlt worden ist (L. 23. C. (IV. 35.)), weil die

reine Schenkung liegt, weil für den Käufer der Verlust des vollen Werthes der Sache ohne Ersatz möglich ist; daher dies unter Ehegatten ungiltig ist, der Kauf selbst aber bei Kräften bleibt[63]); c) ein Darlehen, wobei der Empfänger mehr oder weniger als die wirklich empfangene Geldsumme zurückzuzahlen verspricht, kann Schenkung der Differenz sein[64]); d) eine donationis causa geschlossene Societät wird zwar für ein ganz ungiltiges Geschäft erklärt[65]), was aber nur davon zu verstehen ist, daß daraus die actio pro socio nicht eingestellt werden kann; sobald infolge des Vertrages etwas übergeben ist, gilt dies nach älterem römischen Rechte als vollendete Schenkung[66]); nach dem neuesten Rechte, wo das bloße Schenkungsversprechen klagbar ist, gilt das Geschäft auch ohne hinzutretende Tradition als Schenkung. Ein solches gemischtes Geschäft ist auch die donatio sub modo wegen der zukünftigen Gegenleistung; von ihr wird später die Rede sein. Bei allen diesen gemischten Geschäften ist der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheiles zu ermitteln; dieser Antheil, welcher Schenkung ist, fällt ganz unter die Regeln von der Schenkung hinsichtlich der Insinuation, des Verbotes unter Ehegatten und des Widerrufes aus besonderen Gründen[67]). Kann die Gegenleistung nicht nach Geld geschätzt werden, so kann eine solche Trennung nicht stattfinden[68]); das ganze Geschäft wird dann für keine Schenkung gehalten, weil eine Differenzsumme

---

simulirte Schenkung leicht zur Verbergung des ganz verbotenen ersten Geschäftes dienen kann.

63) L. 31. §. 4. D. (24. 1.) Dort ist das ne qui venditor ob eam rem praestet nicht so zu verstehen, daß der Verkäufer das Kaufgeld bekommen und auch die Sache behalten solle, sonst müßte es heißen: ne venditor rem ipsam praestet (L. 11. §. 2. D. (19. 1.)), sondern es geht schon aus der Vergleichung mit L. 31. §. 5. D. eod. hervor, daß hier von einer Nebenverpflichtung des Verkäufers die Rede ist, und das praestare wird ganz besonders von der Evictionsleistung gebraucht (L. 5. 8. 30. 31. D. (21. 1.)) sowie von Leistung der nach dem Edicte der Aedilen dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen.

64) L. 17. pr. D. (5. 14.) L. 11. §. 1. D. (12. 1.) Bei einer versprochenen größeren Summe kann jedoch auch die Absicht auf Verzinsung des Kapitales gerichtet sein und dann ein Wucher darin liegen. Die condictio certi ex mutuo geht auf nicht mehr als auf das Empfangene nach den angeführten Stellen; dies schließt aber nicht aus, daß andere Klagen zustehen können.

65) L. 5. §. 2. D. (17. 2.) L. 16. §. 1. D. (4. 4.) L. 32. §. 24. D. (24. 1.)

66) L. 32. §. 24. D. (24. 1.) und zu deren Erklärung Savigny a. a. O. S. 102, N. k.

67) Daß ein negotium cum donatione mixtum so zu behandeln sei, ergiebt sich unzweideutig aus L. 5. §. 5. D. (24. 1.). Das Princip selbst ist anerkannt in L. 5. §. 2. D. (24. 1.) si separari possit etc. und dieses Princip besteht nach dieser Stelle darin, daß bei untrennbarer Absicht das ganze Geschäft nicht als Schenkung zu betrachten sei, bei trennbarer ein Theil als Schenkung gelte. Savigny a. a. O. S. 80, N. b.

68) Fälle der nicht nach Geld veranschlagbaren Gegenleistungen enthält L. 19. §. 1. D. (39. 5.)

nicht ermittelt werden kann, in welcher allein die Bereicherung und mithin auch die Schenkung bestehen könnte[69].

II. Rechtsgeschäfte, welche unter den Schenkungsbegriff fallen können[70]. Durch Schenkung können Vermögensrechte aller Art entstehen und erlöschen, weil in allen Theilen des Vermögens sich eine Bereicherung denken läßt. Die Bereicherung kann sich beziehen: 1) auf ein dingliches Recht, welches der Beschenkte erwirbt; 2) auf ein obligatorisches Verhältniß, und zwar a) auf den Erwerb einer Forderung für den Beschenkten; b) auf die Befreiung des Beschenkten von einer Schuld. Hiernach können alle einfachen Schenkungen auf dreifache Weise geschehen, durch dare, durch obligare, durch liberare. 1) Dare. Die dinglichen Rechte, welche Gegenstand der Schenkung sein können, sind entweder Eigenthum oder iura in re. Die Uebertragung des Eigenthums durch Schenkung ist der gewöhnlichste und wichtigste Fall, daher in Justinian's Institutionen schon die Schenkung als eine acquisitio dominii aufgefaßt worden ist und dieser Anschauungsweise gemäß dort ihre Stellung im Systeme erhalten hat[71]. Die im älteren römischen Rechte auch bei der Schenkung vorkommenden Formen der Eigenthumsübertragung, mancipatio, in iure cessio, traditio, reduciren sich im neuen römischen Rechte allein auf die Tradition, ohne Unterschied der Zwecke wofür die Uebertragung geschieht. Die Schenkung kann iusta causa der Tradition sein und den wirklichen Uebergang des Eigenthums vermitteln[72], vorausgesetzt, daß der Schenker selbst das Eigenthum hat. Die überhaupt möglichen Gestaltungen der Tradition können auch infolge einer Schenkung vorkommen, z. B. durch Mittelspersonen[73], ferner so, daß der Beschenkte die Sache, welche er bereits inne hat, behalten soll[74], dann als Einweisung in Besitz von Seiten des Gebers, indem dem Beschenkten die einseitige Besitzergreifung gestattet wird, was so angesehen wird, als habe der Geber den Besitz persönlich eingehändigt[75], endlich durch das sog. constitutum possessorium, als Anwendung welcher letzterer Form der Vorbehalt des Nießbrauches erscheint[76]. Daß der Tradition die Dereliction gleich wirke, wenn sie in der bestimmten Absicht geschieht, daß ein Anderer das Eigenthum erhalte, mag nun dieser Andere eine bestimmte und bekannte, oder eine unbestimmte, unbekannte Person sein, läßt sich nicht schlechterdings behaupten[77]. Zwar ist Dereliction

69) L. 5. §. 2. D. (24. 1.), das Princip derselben greift hier eben so durch, wie bei dem animus donandi.

70) Savigny a. a. O. S. 104—145.

71) Inst. (II. 7.)

72) §. 40. Inst. (II. 1.)

73) L. 4. 6. 10. D. (39. 5.)

74) L. 10. D. (39. 5.) sive, quod ipse habet, sibi habere eum iubeas.

75) L. 6. L. 9. §. 1. D. (39. 5.) L. 6. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

76) L. 28. L. 35. §. 5. C. de donat. (VIII. 53. (54.)

77) A. M. ist Savigny a. a. O. S. 107 flg.

als Veräußerung anerkannt[78]); allein eines Theiles ist dies nur der Fall, insofern von der Pauliana actio die Rede ist; anderen Theiles ist der Fall der missilia Consulum und anderer Magistrate hier von den römischen Juristen in das Auge gefaßt, der ganz eigenthümlich ist. Eine Dereliction kann auch nicht blos geschehen, um einen Anderen zu bereichern, sondern sie kann ihren Grund auch darin haben, daß dem Eigenthümer die Sache in der Maße lästig ist, daß er das Aufgeben des Eigenthums dem Behalten vorzieht; hier kann von einer Bereicherung des Occupirenden und einer darauf gerichteten Absicht des Derelinquirenden nicht die Rede sein. Die Schenkung setzt als Motiv die Liberalität, uneigennütziges Wohlwollen voraus. Eine solche Gesinnung kann man aber in der Regel nur gegen eine bestimmte, bekannte Person haben, gegen eine unbestimmte, unbekannte Person nur unter der Voraussetzung, daß sie gewisse Bedingungen der Schenkung erfüllt oder gewisse Gegenleistungen übernimmt. Die Dereliction kann unseres Erachtens nur dann als Schenkung angesehen werden, wenn sie in der Absicht geschieht, daß eine andere bestimmte, bekannte Person die Sache occupire; nur dann ist sie auch den Einschränkungen der Schenkung unterworfen[79]). Die Dereliction mit der Absicht, daß eine unbestimmte, unbekannte Person das Eigenthum erhalte, wie bei den missilia Consulum, haben auch die römischen Juristen nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung gebracht, sondern blos den Gesichtspunkt der Dereliction festgehalten. Ausdrücklich wird gesagt, daß das Derelinquirte sofort dem Occupanten gehöre, und als Beispiel das der missilia angeführt[80]), wobei die Absicht des Derelinquirenden darauf gerichtet sei, daß sie irgend Jemand occupiren und erwerben solle. Gleichwohl wird dies nicht als Schenkung aufgefaßt; denn die fragliche Stelle steht in dem Titel der Digesten pro derelicto (XLI. 7.), nicht in dem Titel pro

78) L. 5. D. (42. 8.) L. 9. §. 7. D. (41. 1.) §. 46. Inst. (II. 1.)

79) Savigny a. a. O. S. 108, N. 1 meint, wenn man bei Dereliction in der bestimmten Absicht, daß ein Anderer, gleichviel ob eine bestimmte, bekannte Person oder eine unbestimmte, unbekannte, das Eigenthum erhalte, keine Dereliction annehmen wollte, so würde nichts leichter sein als alle positiven Regeln der Schenkung, wie Insinuation, Verbot in der Ehe, zu entkräften. Der von ihm angeführte Fall der Dereliction und gleich darauf infolge einer Verabredung durch einen Anderen erfolgten Occupation ähnelt dem Fall der Einweisung in den Besitz so sehr, daß er kaum zu unterscheiden ist, um so mehr, als der Eigenthümer den Entschluß zu derelinquiren nicht eher zu erklären nöthig hat, als bis er sich mit dem Anderen verabredet, daß dieser die Sache occupire. Das Verbot der Schenkung in der Ehe kann nur unter der Voraussetzung stattfinden, daß der eine Ehegatte den anderen Ehegatten hat beschenken wollen, daß seine Absicht auf Bereicherung des anderen Ehegatten gerichtet gewesen ist; ein Vortheil, welchen der andere Ehegatte zufällig ohne die darauf gerichtete Absicht des Gebers aus einer Handlung desselben zieht, genügt dazu nicht.

80) L. 5. §. 1. D. (41. 7.) Id quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit; sicuti cum quis aes sparserit, aut aves amiserit: quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fierent, cui casus tulerit: eaque cum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur voluisse alicuius fieri.

donato (XLI. 6.), und es ist nicht zu bezweifeln, daß wenn ein Nichteigenthümer eine ihm nicht gehörige Sache unter den missilia mit dem Publikum preisgiebt, der Occupirende, der ihn für den Eigenthümer hält, diese Sache pro derelicto, nicht pro donato usucapirt. Auch unter Ehegatten würde z. B. die Dereliction gewisser Sachen von Seiten der Ehefrau in der Absicht, daß sich derselben der Mann bemächtige und solche bei Antritt eines Ehrenamtes als missilia dem Publikum preisgebe, nicht unter das Verbot der Schenkungen in der Ehe stellen, weil eine donatio honoris causa erlaubt ist[81]). Die Tradition als Schenkung von Seiten eines Nichteigenthümers mit Einwilligung des Eigenthümers überträgt sofort Eigenthum, indem es so angesehen wird, als habe zuvor der Eigenthümer durch brevi manu traditio das Eigenthum dem Geber übertragen; die Schenkung besteht aber blos zwischen dem Geber und Empfänger, der bisherige Eigenthümer steht zu dem Empfänger in gar keinem Verhältnisse; sein Wille kann auf Schenkung oder Verkauf an den Geber gerichtet sein, und dies hängt von den Motiven seiner Einwilligung ab[82]); ohne Einwilligung des Eigenthümers gewährt die Tradition einer fremden Sache als Schenkung von Seiten des Nichteigenthümers dem Empfänger den Usucapionstitel pro donato[83]). Die Schenkung einer fremden Sache ist möglich als bloßer Zusatz zu der schon dem Geber zustehenden bonae fidei possessio, die schon an sich ein selbstständiges Geschenk enthält, oder auch alleinstehend in dem Falle, wenn der Geber die bona fides oder den Titel nicht hat, so daß die Ersitzung erst in dem Empfänger anfängt und mit ihr zugleich auch die bonae fidei possessio[84]). — Iura in re können in verschiedener Weise Gegenstand einer

---

81) L. 41. 42. D. (24. 1.)

82) L. 9. §. 2. D. (39. 5.) und dazu Savigny a. a. O. S. 111, N. b.

83) Darauf gehen die beiden Titel: Dig. 41. 6., Cod. VII. 27. Wenn in L. 9. §. 3. D. (39. 5.) gesagt wird: Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur, so ging dies ursprünglich auf die lex Cincia und wollte nur die Nothwendigkeit der Mancipation zur vollgiltigen Schenkung einer res mancipi und das Ungenügende der Tradition zu gleichem Zwecke bezeichnen; im neuesten Rechte sagt es nichts anderes als andere Stellen, welche die Schenkung einer fremden Sache von Seite des Nichteigenthümers ohne Einwilligung des Eigenthümers für ungenügend zur Uebertragung des Eigenthums erklären. L. 14. 21. 24. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) L. 2. C. (VII. 27.) Savigny a. a. O. S. 111, N. c.

84) Ueber die Frage, ob die Schenkung einer fremden Sache auch als eigentliche Schenkung in dem Sinne anzusehen sei, daß sie den Einschränkungen der Schenkung unterliegt, s. Savigny a. a. O. S. 112—116. Anscheinend würde die Anwendung dieser Einschränkungen auf die Schenkung einer fremden Sache dieselbe selbst zum Usucapionstitel untauglich machen. Denn wenn ein Ehegatte seine eigene Sache dem anderen Ehegatten schenkt, so wird nicht nur kein Eigenthum übertragen, sondern der Empfänger kann nicht einmal usucapiren. L. 1. §. 2. D. (41. 6.) Denn er hat keinen Titel, zu dem sich ein nichtiges verbotenes Rechtsgeschäft nicht eignet; es fehlt ihm auch an der nöthigen bona fides. L. 19 pr. D. (24. 1.) Dasselbe scheint auch dann der Fall zu

Schenkung sein, indem ein Nießbrauch, Usus und Prädialservituten ebensowohl unentgeltlich bestellt, als dem Eigenthümer unentgeltlich zurückgegeben werden können[85]). Dasselbe gilt von der Emphyteuse und Superficies, bei welchen auch schenkungsweise Ueberlassung von Seiten des Emphyteuta und Superficiars an einen Dritten vorkommen kann. — Fragen wir nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes bei Uebertragung des Eigenthums durch Schenkung, so ist nach älterem teutschem Rechte die gerichtliche Auflassung bei Immobilien auch die einzige Form, unter welcher das Eigenthum von Immobilien schenkungsweise übertragen werden kann, und die Beschränkungen der Veräußerung überhaupt durch die Rechte der nächsten Erben leiden auch auf Schenkungen Anwendung. Im heutigen Rechte, wo die gerichtliche Auflassung nur in Partikularrechten vorkommt, aber fast in allen teutschen Staaten die Einrichtung besteht, daß als Eigenthümer eines Grundstückes nur derjenige angesehen wird, welcher als solcher in die Grund- oder Hypothekenbücher oder in die Steuercataster oder in andere öffentliche Bücher eingetragen ist, hat die Tradition durch Schenkung nach den verschiedenen Partikularrechten eine verschiedene Bedeutung. Nach manchen giebt sie ein bloßes persönliches Recht, die Eintragung oder sonst zur Erlangung des Eigenthums nöthige Mitwirkung der

---

sein, wenn der schenkende Ehegatte nicht seine eigene, sondern eine fremde Sache schenkt; auch hier fehlt es scheinbar am Titel und an der bona fides. Dennoch aber verhält es sich hier zum Theil anders. Das Princip entscheidet, ob der schenkende Ehegatte durch die Schenkung ärmer wird oder nicht. Aermer wird er, wenn er selbst den Usucapionsbesitz hatte und diesen schenkungsweise auf den anderen Ehegatten überträgt; durch das Weggeben desselben opfert er ein wahres Recht auf, ganz wie bei dem Geschenk einer eigenen Sache; weil er ärmer wird, fehlt es an einem giltigen Rechtstitel und der Empfänger kann nicht usucapiren. Er wird nicht ärmer, wenn er selbst keinen Titel oder keinen redlichen Besitz hatte, weil er gar kein Recht hat, was er verlieren könnte; dann kann der Empfänger usucapiren, weil er bei der Unanwendbarkeit des gesetzlichen Verbotes in diesem Falle einen giltigen Rechtstitel hat und seine Meinung, daß die Sache noch in fremdem Eigenthume, nämlich in dem des schenkenden Ehegatten sich befinde, wegen des zum Grunde liegenden factischen Irrthums als unschädlich und sein Besitz als redlich betrachtet wird, weil er in der That über das Recht des wahren Eigenthümers sich in Unwissenheit befindet. L. 3. D. (41. 6.) L. 25. D. (24. 1.) und über deren Erklärung Savigny a. a. O. Diese für die Schenkung unter Ehegatten von den römischen Juristen entwickelten Regeln sind unbedenklich ebenso auf die Schenkung mit versäumter Insinuation anzuwenden.

85) L. 66. 78. D. (23. 3.) L. 57. D. (24. 3.) welche Stellen allerdings nicht von der Schenkung, sondern von der mittelst eines Nießbrauches bestellten dos handeln, aber weil beide Institute nur durch den Zweck des Gebens verschieden sind, auch für die Schenkung benutzt werden können — L. 27. D. (39. 5.) L. 17. D. (8. 4.). Schenkungsweise Ueberlassung der Benutzung des Nießbrauches von Seiten des Usufructuars an einen Dritten ist zulässig. L. 12. §. 2. L. 38. L. 40. D. (7. 1.) Dagegen kann der Genuß des Usus einem Anderen nicht überlassen werden, also auch nicht durch Schenkung. L. 10. pr. L. 11. L. 12. §. 6. D. (7. 8.)

Behörde zu verlangen[86]); nach anderen, wie z. B. nach gemeinem sächsischen Rechte, giebt sie das sog. natürliche Eigenthum oder auch den Usucapionsbesitz und kann durch Ersitzung zum vollen oder bürgerlichen Eigenthum führen[87]). 2) Obligare. Die Schenkung kann auch darin bestehen, daß der Beschenkte ein Forderungsrecht erwirbt, entweder gegen den Schenkgeber oder gegen einen Dritten. Die Begründung einer Forderung an den Schenkgeber durch die Schenkung geschieht durch das Schenkungsversprechen und wird ohne Grund von vielen Neueren als Hauptfall der Schenkung aufgefaßt. Das Schenkungsversprechen ist allein die wahre und einzige Schenkung, welches die Bereicherung schon vollständig bewirkt[88]), die nachfolgende Erfüllung des Versprechens durch Leistung des Versprochenen ist die bloße Bezahlung einer Schuld, mithin keine Schenkung[89]). Im älteren römischen Rechte ist die regelmäßige Form des Schenkungsversprechens und dessen Annahme die der Stipulation[90]). Ein bloßes pactum de constituta pecunia konnte keine Schenkung enthalten, weil es wenigstens eine naturalis obligatio voraussetzt; wurde diese durch diesen Vertrag in eine civilis obligatio verwandelt, so lag daher darin keine Schenkung; fehlte es an einer naturalis obligatio, so hatte auch das Constitutum keine Wirkung[91]). Im neuesten römischen Rechte bedarf es keiner Stipu-

86) Z. B. Altenb. Gesetz die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr. v. 13. Octbr. 1852 §. 4.

87) Heimbach sen., Lehrb. des partikul. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 186, 187.

88) Denn alle Klagrechte und Forderungsrechte bilden einen Theil des Vermögens. L. 49. D. (50. 16.)

89) Daher kann das Schenkungsversprechen, wenn es eine der Insinuation bedürfende Summe betrifft und insinuirt worden ist, erfüllt werden, ohne daß die Auszahlung der Insinuation bedarf. Ebenso kann ein vor der Ehe zwischen Mann und Frau gegebenes bezüglich insinuirtes Schenkungsversprechen während der Ehe giltig erfüllt werden.

90) Daß auch der Literalcontract sowohl in seiner älteren als in der neueren Form durch die vermittelnden Bücher der Argentarien, die im Justinianeischen Rechte ebenfalls verschwunden ist, als Form des Schenkungsvertrages vorgekommen sei, ist nicht zu bezweifeln. Vgl. Meyerfeld a. a. O. S. 168 flg. Savigny a. a. O. S. 119. L. 26. D. (39. 5.) steht nicht entgegen; sie handelt von der bloßen Eintragung in ein gewöhnliches Rechnungsbuch, nicht von dem formellen Literalcontract durch die Hausbücher der Römer; die Stelle kann schon deshalb nicht auf den alten Literalcontract bezogen werden, weil sie höchstens die Erwähnung einer bloßen acceptilatio enthält, während der alte Literalcontract vielmehr auf der expensilatio beruhte. Die Stelle deshalb mit Savigny a. a. O. S. 119, N. c. nicht von dem älteren Literalcontract zu verstehen, weil derselbe zu den Zeiten des Pomponius, aus dessen Büchern ad Quintum Mucium die Stelle entlehnt ist, längst verschwunden war, hindert der Umstand, daß Gajus, ein Zeitgenosse des Pomponius, von welchem er citirt wird (L. 39. D. (45. 3.)), von dem alten Literalcontracte wie von einem zu seiner Zeit noch vorkommenden Geschäfte redet. Gai. Inst. Comm. III. §. 128. sq.

91) Nicht entgegen ist L. 33. pr. D. (39. 5.). Denn dort ist der Fall behandelt, wenn Jemand ein durch Stipulation geschehenes Schenkungsver-

lation, sondern der bloße formlose Vertrag ist klagbar[92]), steht also, abgesehen von der bei größeren Summen erforderlichen Insinuation, den Consensualcontracten gleich. Nicht unter den Einschränkungen einer wahren Schenkung steht das Schenkungsversprechen an eine Stadtgemeinde (pollicitatio) oder zum Gottesdienst (votum), obwohl es bisweilen donatio heißt[93]). Dieses Schenkungsversprechen wird nicht nach den gewöhnlichen Regeln der Schenkung behandelt[94]) und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Schenkungsversprechen schon dadurch, daß es keiner Acceptation bedarf[95]), sowie auch durch den den Erben gewährten ganz besonderen Schutz gegen die übertriebene Höhe des Versprechens[96]), sowie durch hier zulässige Forderung von Verzugszinsen[97]), welche bei wahren Schenkungen nicht gefordert werden können. — Das Schenkungsversprechen hat im Vergleich mit anderen obligatorischen Verträgen folgende Eigenthümlichkeiten: a) der Schuldner zahlt keine Verzugszinsen[98]); b) es steht ihm im Falle der Verarmung das sog. beneficium competentiae zu, mit der besonderen Vergünstigung, daß er, um dem Beschenkten gegenüber sein Unvermögen zu begründen, seine übrigen Schulden im voraus abzahlen kann[99]); c) er haftet im Falle des Unterganges oder des Verderbens der Sache

---

sprechen constituirt, wobei nicht vorausgesetzt ist, daß die Stipulation unwirksam gewesen sei; denn sonst hätte auch das Constitutum nichts helfen können; vielmehr wird eine giltige Stipulation vorausgesetzt und nur die Frage beantwortet, inwiefern der Constituent, wenn er mit der actio de pecunia constituta belangt wird, auf das sog. beneficium competentiae Anspruch machen könne. Dieses wird ihm gestattet, mit Rücksicht auf den ursprünglichen Grund der Forderung aus einer Schenkung: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit.

92) L. 35. §. 5. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) §. 2. Inst. (II. 7.) Nov. 161. c. 1.

93) L. 9. L. 13. §. 1. D. (50. 12.)

94) L. 19. pr. D. (39. 5.) L. 2. L. 3. §. 1. D. (50. 12.)

95) L. 3. pr. D. (50. 12.)

96) L. 6. pr. L. 9. 14. D. (50. 12.)

97) L. 1. pr. D. (50. 12.)

98) L. 22. D. (39. 5.) Diese Eigenheit gründet sich darauf, daß das Schenkungsversprechen im älteren Rechte nur durch Stipulation klagbar war, bei der actio ex stipulatu aber als stricti iuris Verzugszinsen ausgeschlossen waren. Justinian hat nun zwar in L. 35. §. 5. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) von 530 das formlose Schenkungsversprechen für klagbar erklärt; allein aus der in den Digesten aufgenommenen angezogenen Stelle folgt, daß auch nach seiner Absicht bei der Klage aus diesem keine Verzugszinsen gefordert werden sollen. Heutzutage aber, wo der Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei contractus wegfällt, läßt der Gerichtsbrauch, namentlich in den sächsischen Ländern, Verzugszinsen zu. Vgl. Emminghaus, Pandekten des gem. sächs. Rechtes S. 761 flg.

99) L. 12. L. 33. pr. D. (39. 5.) L. 19. §. 1. L. 30. 41. §. 2. D. (42. 1.) L. 33. D. (23. 3.) Dieselbe Rechtswohlthat steht dem Schenker zu, wenn er mit der actio de pecunia constituta aus einem Constitutum, wodurch er das Schenkungsversprechen bestätigte, belangt wird. L. 33. pr. D. (39. 5.)

nur für dolus und culpa lata[100]; d) er haftet wegen der Eviction und wegen der ädilizischen Klagen nur im Falle des dolus[101]. Zweifelhaft ist es, ob eine Schuld zum Zwecke der Schenkung auf indirecte Weise übernommen werden könne, z. B. dadurch, daß derjenige, welcher durch eine Exception gegen die Klage des Anderen geschützt war, diese Exception wissentlich aufgiebt, oder daß Jemand auf andere Weise absichtlich bewirkt, daß er verurtheilt werde, oder die unbegründete Schuld wissentlich in iure eingesteht. Savigny nimmt in diesen Fällen Schenkungen an[102]. Allein abgesehen davon, daß der wissentliche Verzicht auf eine

---

100) Zufolge des allgemeinen Grundsatzes in L. 5. §. 2. D. (13. 6.) L. 108. §. 12. D. (30.) Letztere Stelle enthält schon eine Anwendung dieses für Contracte ja nur für bonae fidei Contracte aufgestellten Grundsatzes auf Legate und noch unbedenklicher ist die Anwendung auf das Schenkungsversprechen.

101) L. 62. D. (21. 1.) L. 18. §. 3. D. (39. 5.) Selbst im Falle des dolus können die Klagen nur auf Schadensersatz geben. Durch Stipulation konnte der Schenkgeber allerdings die Haftung für Eviction übernehmen; ein nudum pactum genügte dazu nicht. L. 2. C. de evict. (VIII. 44. (45.) Da im neuesten römischen Rechte das formlose Schenkungsversprechen klagbar ist, so kann auch an der Klagbarkeit eines solchen formlosen Nebenvertrages nicht gezweifelt werden. Ungeachtet L. 18. §. 3. D. (39. 5.) die Haftung des Schenkers für Eviction nur im Falle des dolus annimmt, so sind doch verschiedene Ausnahmen davon und eine Haftung des Schenkers auch außer diesem Falle behauptet worden, wie a) bei remuneratorischen Schenkungen, b) bei der donatio generis nach Analogie des legatum generis, bei welchem der Erbe für Eviction haftet; L. 45. §. 1. L. 46. L. 108. §. 10. D. (30.) L. 29. §. 3. D. (32.), c) bei der donatio sub modo. Vgl. über die Controverse Glück, Erl. der Pand. Bd. XX, S. 237—268. Die erste Ausnahme ist nicht zuzugeben, da remuneratorische Schenkungen wahre Schenkungen sind. Die zweite Ausnahme ist ebenfalls verwerflich. Es ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß an den angeführten Stellen das sog. legatum generis und die feierliche Promission einer nur dem genus nach bestimmten Sache hinsichtlich der Verpflichtung des Erben und des Promissor, für die Eviction der tradirten Sache zu haften, einander gleichgestellt werden. Allein in den Stellen ist nicht gesagt, daß die stipulanti facta promissio donationis causa geschehen sei und darauf kann es doch allein ankommen, wenn von der Haftung des Schenkers für die Eviction die Rede ist. Hiernach ist also in jenen Stellen eine Gleichstellung des sog. legatum generis und der donatio eines genus nicht zu finden und der Schenkgeber auch bei letzterer nicht zur Evictionsleistung außer dem Falle des dolus verpflichtet, zumal nach Paul. Sent. V. 11. 5. der Schenker nach römischem Rechte nicht einmal aus einem feierlichen Versprechen, für die Eviction zu haften, verbindlich wurde, was auf eine gänzliche Befreiung von dieser Verbindlichkeit hinweist. Dann ist die Verbindlichkeit des Erben zur Leistung eines Legates und die des Schenkers aus einem Schenkungsversprechen doch insofern wesentlich verschieden, als der Erbe die Legate regelmäßig nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Nachlaß infolge einer durch den Testirer auferlegten durch den Erbschaftsantritt von ihm anerkannten Verpflichtung leistet und regelmäßig durch die Erbschaft selbst Vortheil hat, während der Schenker durch seine Liberalität sein Vermögen vermindert und keinen Vortheil von der Schenkung hat. Die dritte Ausnahme wird bei der donatio sub modo zu besprechen sein.

102) Savigny a. a. O. S. 122. Er beruft sich auf L. 12. D. (46. 2.) similis videbitur ei, qui donat, quoniam exceptionem remittere videtur und darauf,

Einrede nur als einer Schenkung ähnlich (similis videbitur ei, qui donat), nicht als Schenkung selbst bezeichnet wird, würde die Subsumtion dieser Fälle unter den Begriff von Schenkungen und die unbeschränkte Anwendbarkeit der positiven Einschränkungen der Schenkung mit unserem heutigen Proceßrechte völlig unvereinbar sein. Es findet sich zwar im römischen Rechte der Ausspruch, daß, wenn ein Ehegatte donationis causa eine Einrede des anderen zuläßt und dadurch dessen Entbindung bewirkt, das rechtskräftige Erkenntniß gelten solle, das Geschenkte aber condicirt werden könne [103]), und dasselbe würde in den erwähnten Fällen unter Ehegatten gleichfalls gelten müssen. Allein unser heutiges Proceßrecht setzt gewisse Fristen, binnen welcher Einreden vorzubringen sind; was an Einreden nicht vorgebracht ist, sei es absichtlich oder aus Nachlässigkeit unterlassen, ist versäumt und kann nicht wieder zum Gegenstande eines neuen Processes gemacht werden. In welcher Absicht das Nichtvorbringen einer Einrede geschah, ist gleichgiltig; genug, daß sie nicht zur rechten Zeit vorgebracht ist, um sie für immer auszuschließen. Gesetzt, man wollte auch unter Ehegatten in solchen Fällen eine Condiction zulassen, so würde doch eine Anwendung der Insinuation auf solche Fälle höchst bedenklich sein. Denn die Insinuation setzt einen über die Schenkung vorhandenen Vertrag voraus, es muß über den Willen zu schenken und über die Acceptation Gewißheit vorhanden sein; in dem absichtlichen Nichtvorbringen eines Rechtsbehelfes liegt aber noch keine Schenkung, weil möglicherweise der Gegner von diesem Rechtsbehelfe keine Kenntniß hat und deshalb in dem guten Glauben ist, daß der Andere wirklich sein Schuldner sei. Dasselbe gilt von den Fällen absichtlich bewirkter Verurtheilung und absichtlichen Zugeständnisses einer unbegründeten Schuld. Wollte man eine Anfechtung solcher Handlungen aus dem Grunde zulassen, weil sie eine Schenkung enthielten und bezüglich die dadurch geschenkte große Summe nicht insinuirt wäre, so wäre der Chicane Thor und Thür geöffnet und der Erneuerung rechtskräftig abgethaner Sachen stünde nichts entgegen. — Durch Obligation kann eine Schenkung auch dadurch bewirkt werden, daß der Beschenkte eine Schuldforderung gegen einen Dritten erhält. Diese Schuldforderung kann eine solche sein, welche erst jetzt entsteht und in demselben Momente zur Schenkung verwendet wird [104]). Es

daß nach L. 1. §. 7. D. (38. 5.) zur Umstoßung einer vom Freigelassenen dolos herbeigeführten Verurtheilung oder einer dolos abgelegten in iure confessio die Faviana actio stattfinde.

103) L. 5. §. 7. D. (24. 1.)

104) Beispiele sind a) Darlehensgabe eigenen Geldes von Seiten Jemandes im Namen dessen, welchen er mit dieser Forderung beschenken will, dergestalt, daß dieser entweder sich die Rückzahlung von dem Schuldner versprechen läßt oder daß er darüber mit dem Geber einverstanden war, wo es so angesehen wird, als wäre das Geld durch constitutum possessorium in sein Eigenthum gekommen (L. 34. pr. D. (39. 5.) L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. D. (12. 1.)); fehlt es an beiderlei Theilnahme des Schuldners, so ist die Schenkung noch nicht perfect,

kann aber auch eine schon früher bestehende Schuldforderung zum Zwecke der Schenkung übertragen werden, z. B. durch Cession[105]), und noch wirksamer durch Delegation, indem der Gläubiger, welcher einem Dritten schenken will, zur Expromission an diesen Dritten auffordert[106]), worin eine wahre Schenkung des ursprünglichen Gläubigers an den Dritten liegt[107]). 3) Liberare. In jeder Befreiung von einer Schuld liegt eine wahre Bereicherung des Schuldners[108]) und bei dem Vorhandensein der übrigen Erfordernisse der Schenkung eine wahre Schenkung, deren Betrag immer der der aufgehobenen Schuld ist, selbst im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners[109]). Die Forderung, von welcher der Beschenkte befreit werden soll, steht entweder dem Geber oder einem Dritten zu. Die Schenkung durch Erlaß einer eigenen Forderung geschieht am gewöhnlichsten durch Vertrag, welcher bei den Römern entweder Acceptilation oder ein bloßes pactum war. Die Acceptilation wirkte am vollständigsten[110]), konnte aber nur bei einer rechtsgiltigen Forderung als Schenkung gelten, weil, wenn die Forderung durch eine wirksame Einrede entkräftet werden konnte, in der Acceptilation, die dann nur angewendet wurde, um jeden Schein einer Schuld zu tilgen, keine Schenkung lag, indem der Schuldner nicht bereichert wurde. Auch das bloße pactum war bei den Römern eine wahre Schenkung, weil es von der Schuld wirksam befreite[111]), regelmäßig per exceptionem, was schon genügte, in einigen Fällen ipso iure[112]); letztere Meinung ist im heutigen römischen Rechte allgemein anzunehmen. Der Erlaßvertrag kann auch ein stillschweigender sein,

---

gilt nur als ein Auftrag an den Schuldner, künftig dem Empfänger zu tradiren, und erst durch die Tradition wird die Schenkung perfect. L. 19. §. 3. D. (39. 5.) womit L. 35. §. 2. D. eod. nicht in Widerspruch steht; s. Savigny a. a. O. S. 123, N. p. b) Deposition einer Sache von Seiten Jemandes, welche nach dem Willen des Deponenten nicht ihm, sondern einem Anderen, dem Beschenkten, zurückgegeben werden soll, auch unter der Voraussetzung der Theilnahme des Letzteren an dem Vertrage; L. 31. §. 1. 3. D. (39. 5.) womit L. 6. C. (V. 16.) nicht im Widerspruch steht; Savigny a. a. O. S. 123, N. r. c) Hingabe oder Versprechen einer dos an den Ehemann von Seiten eines Fremden, welche immer ein Geschenk des Gebers an die Ehefrau enthält, indem dieser regelmäßig das Recht zur Zurückforderung der dos für den Fall der Auflösung der Ehe erwerben wird, selbst wenn sie nicht an dem Vertrage Theil nimmt. L. 9. §. 1. L. 33. fin. L. 43. §. 1. D. (23. 2.) L. 5. §. 5. D. (44. 4.) L. un. §. 13. C. (V. 13.) d) Auftrag von Seiten des Gebers donationis causa an einen Dritten, dem Empfänger etwas zu versprechen, welchenfalls der Dritte gegen den Geber die actio mandati contraria auf Entschädigung hat. L. 52. §. 1. D. (24. 1.)

105) L. 2. 3. C. de donat. (VIII. 53. (54.))
106) L. 2. §. 1. D. (39. 5.) L. 11. C. de donat. (VIII. 53. (54.))
107) L. 21. §. 5. D. (39. 5.)
108) L. 115. pr. D. (50. 17.) L. 20. D. (4. 2.) L. 11. pr. D. (46. 4.)
109) L. 31. §. 1. 4. D. (39. 6.) L. 22. §. 2. L. 82. D. (35. 2.)
110) L. 17. D. (39. 5.) L. 2. C. de acceptilat. (VIII. 43. (44.))
111) L. 1. D. (2. 15.)
112) L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. (2. 14.) L. 17. §. 6. D. (47. 10.)

aus Handlungen, welche den Willen bestimmt offenbaren, geschlossen werden[113]). Ein einseitiger Verzicht ist bei der Schenkung ganz ohne Wirkung; es bedarf also stets der Annahme von Seiten des Schuldners, wodurch er zum Vertrage wird. So lange diese Annahme nicht hinzugekommen ist, ist stets Zurücknahme des Verzichtes zulässig; und eine solche Zurücknahme ist die Anstellung der Klage sowie die außergerichtliche Einforderung[114]). Die Erklärung eines Gläubigers, daß der Andere ihm nichts mehr schulde, daß er Alles gezahlt habe, kann nach den Umständen entweder als Ausdruck eines Erlaßvertrages oder blos als Quittung angesehen werden; letzteren Falles ist sie, wenn sie aus Irrthum geschah, unwirksam[115]). Die Befreiung des Schuldners von der eigenen Forderung des Gebers ist auch auf indirecte Weise, ohne Vertrag, möglich, z. B. dadurch, daß der die Schuld einklagende Gläubiger den Verlust des Processes für sich absichtlich herbeiführt[116]) oder ohne vorheriges Verfahren gerichtlich eingesteht, daß ihm der Andere nichts schuldig sei[117]); geschieht solches unter Ehegatten, so gilt zwar das Urtheil oder das Geständniß; es findet aber eine Condiction auf den Geldwerth statt[118]). Dagegen sind die übrigen Einschränkungen der Schenkung nach dem vorher Bemerkten darauf nicht anzuwenden. Die Schenkung kann auch so geschehen, daß die Forderung in ihrer Entstehung zerstört wird, überhaupt gar nicht zu Stande kommt, z. B. wenn Jemand die Geschäfte des Anderen ohne Auftrag besorgt, in der Absicht, ihm die aufgewendeten Kosten zu schenken. Die Befreiung des Schuldners von einer einem Anderen als dem Geber zustehenden Forderung im Wege der Schenkung kann geschehen durch die für den Schuldner geleistete Zahlung, welche denselben ohne Auftrag ja selbst ohne sein Wissen und gegen seinen Willen befreit[119]) und wenn sie in der Absicht, den Schuldner zu bereichern, geschieht, eine wahre Schenkung enthält[120]); ferner durch Expromission für eine fremde Schuld, welche ebenfalls ohne des Schuldners Wissen und Willen geschehen kann[121]) und, wenn die erwähnte Absicht dabei vorliegt, eine Schenkung enthält, wobei, sowie bei dem Falle der Zahlung, das Schenkungsver-

---

113) Beispiele enthalten L. 2. §. 1. D. (2. 14.) L. 17. §. 1. D. (22. 1.) L. 26. D. (22. 3.)

114) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Bd. I, S. 208 flg. Savigny a. a. O. S. 128 flg. A. M. ist mit vielen Praktikern Kind, quaest. for. T. IV. c. 59. Daß L. 18. §. 2. L. 28. D. (39. 6.) nicht entgegenstehen, zeigt Savigny a. a. O. S. 252, N. cc.

115) L. 40. pr. D. (2. 14.) L. 6. 13. C. de solut. (VIII. 42. (43.))

116) L. 5. §. 7. D. (24. 1.) L. 3. §. 1. D. (42. 8.) L. 1. §. 7. D. (38. 5.)

117) L. 29. §. 1. D. (39. 5.)

118) L. 5. §. 7. D. (24. 1.)

119) L. 23. D. (46. 3.)

120) L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. (24. 1.) L. 12. C. de negot. gest. (II. 18. (19.)

121) L. 91. D. (46. 3.) L. 8. fin. D. (46. 2.) L. 13. §. 10. D. (46. 4.)

hältniß zu dem Schuldner, nicht zu dem Gläubiger, stattfindet[122]; endlich in der Uebernahme einer Bürgschaft für eine fremde Schuld mit der Absicht, gegen den Schuldner keinen Regreß nehmen zu wollen[123]). Im letzteren Falle liegt nur eine eventuelle Schenkung vor, d. h. für den Fall, daß der Bürge wirklich in die Nothwendigkeit kommt, die Schuld zu bezahlen; in den beiden ersten Fällen ist immer eine unbedingte Schenkung enthalten. 4) Auch das Vermögen im Ganzen, d. h. alle im Vermögen gegenwärtig begriffenen Rechte, kann Gegenstand der Schenkung sein[124]) und zwar entweder das Ganze oder eine Quote des Vermögens ohne irgend eine Beschränkung, oder mit Beschränkungen, wie mit Vorbehalt einzelner Vermögensstücke, welche von der Schenkung ausgenommen werden[125]), mit Vorbehalt des Nießbrauches, mit der Verpflichtung des Empfängers zur Alimentation des Gebers, in welchem letzteren Falle eine donatio sub modo vorliegt. Die im älteren römischen Rechte zur Perfection der Schenkung nothwendigen Formen (Mancipation und Tradition) waren nur auf einzelne Sachen, nicht auf das Vermögen als einen bloßen idealen Gegenstand anwendbar; daher verlangen mehrere Stellen Uebertragung der einzelnen Sachen und erklären eine auf das Ganze gerichtete Schenkung für unwirksam[126]), namentlich einen Scheinkauf, der eine bloße Schenkung sein soll[127]). Im Justinianeischen Rechte wird eine Schenkung des Vermögens im Ganzen durch bloßen formlosen Vertrag giltig bewirkt, da hierdurch der Schenker zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet wird[128]). Auch wird im neuesten Rechte die durch den Vorbehalt des Nießbrauches bewirkte Tradition für wirksam erklärt[129]), welche jedoch bei einer Schenkung des ganzen Vermögens nur durch Bezeichnung einzelner Sachen ausführbar ist, weil nur diese einen Besitz zulassen, dessen Erwerb nur durch die auf jede einzelne Sache gerichtete Absicht dessen, welcher den Besitz erwerben will, möglich ist. Durch die Schenkung eines ganzen Vermögens wird niemals eine Universalsuccession, etwa wie bei einer Erbschaft, begründet. Vielmehr bedarf es zur Uebertragung der einzelnen Eigenthumsrechte besonderer Tradition, zur Uebertragung der einzelnen Schuldforderungen ursprünglich besonderer Cession, was jedoch dahin gemildert ist, daß der Beschenkte jede Schuldklage, deren Cession er verlangen könnte, auch ohne

122) L. 21. pr. D. (39. 5.) L. 5. §. 5. D. (44. 4.) L. 33. D. (46. 2.)

123) L. 6. §. 2. D. (17. 1.) L. 4. D. (3. 5.) L. 32. D. (2. 14.) L. 1. §. 19. D. (38. 5.) L. 9. §. 3. D. (14. 6.)

124) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Bd. II, §. 21, S. 1 flg. Savigny a. a. O. S. 134—145.

125) Siehe einen solchen Fall in L. 37. §. 3. D. (32.)

126) Frag. Vat. §. 263. Cod. Hermog. VII. 1. ed. Haenel (früher VI. 1.) ist interpolirt in L. 11. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) aufgenommen).

127) Cod. Hermog. VII. 2. (früher VI. 2.).

128) L. 35. §. 4. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

129) L. 28. L. 35. §. 5. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

wirkliche Cession als utilis actio anstellen kann. Zwischen dem Beschenkten und den Gläubigern des Schenkers entsteht gar kein Rechtsverhältniß; daher können Letztere den Ersteren nicht verklagen, obgleich der Schenker nichts mehr zur Befriedigung der Gläubiger besitzt. In Ermangelung einer Verabredung über die Schuldenbezahlung ist anzunehmen, daß der Beschenkte sich stillschweigend zur Bezahlung aller Schulden, also zur Vertretung des Schenkers gegen dessen Gläubiger, verpflichtet habe[130]). Es folgt dies aus dem Begriffe vom Vermögen (bona, res), worunter nur das reine Vermögen nach Abzug der Schulden verstanden wird[131]). Die Gläubiger können, wenn sie den Schenker vergebens ausgeklagt haben, sowohl die verschenkten Gegenstände, so weit es nöthig ist, als Executionsobjecte angreifen, als auch der Schenker selbst berechtigt ist, so viel zurückzufordern, als zur Bezahlung der Schulden nöthig ist. Es folgt letzteres aus dem dem Schenker zustehenden beneficium competentiae, vermöge dessen er die Schulden, wenn er auf Erfüllung der Schenkung verklagt wird, im voraus abziehen darf[132]). Die Klage, womit der Schenker das zur Bezahlung der Schulden Nöthige zurückfordert, wird die condictio sine causa sein. Eine ausdrückliche Verabredung, welche den Empfänger des Vermögens von der Schuldenbezahlung befreit, darf als unredlich nicht geduldet werden. Schon bei einer Schenkung aller einzelnen Sachen, worin das ganze Vermögen des Schenkers besteht, findet, wenn Schulden da sind und deren Dasein dem Schenker bekannt ist, weil dann dessen Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, keines Beweises bedarf[133]), die Pauliana actio gegen den Empfänger statt. Dieselbe Klage ist vielmehr bei der Schenkung des ganzen Vermögens mit ausdrücklicher Entbindung des Empfängers von der Schuldenbezahlung statthaft, weil die unredliche Absicht hier so klar vorliegt, daß ein Zweifel des Empfängers darüber nicht denkbar ist; die Klage geht hier auf Zurückgabe des geschenkten Vermögens insoweit, als es zur Tilgung der Schulden nöthig ist. Geht die Schenkung nur auf eine Quote des Vermögens oder nimmt der Schenker so viele einzelne Sachen von der Schenkung aus, daß die Schulden dadurch gedeckt werden, so kann natürlich von einer unredlichen Absicht des Schenkers gegen seine Gläubiger nicht die Rede

130) L. 72. pr. D. (23. 3.) Dort wird zwar nicht von einer Schenkung, sondern von dem Falle gesprochen, wenn eine Frau ihrem Ehemanne ihr ganzes Vermögen als dos bestellt, welchenfalls der Mann zwar nicht einem Erben gleich gelte und nicht von den Gläubigern belangt werden könne, jedoch mit dem Bemerken: sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. Das Verhältniß zu den Gläubigern ist bei der Schenkung dasselbe wie bei der dos omnium bonorum, weil in beiden Fällen eine promissio bonorum vorliegt.

131) L. 39. §. 1. D. (50. 16.) L. 69. D. (35. 2.) L. 11. D. (49. 14.) L. 8. C. (VI. 61.)

132) L. 12. D. (39. 5.)

133) L. 17. §. 1. D. (42. 8.)

sein. Die Verabredung bei der Schenkung des ganzen Vermögens, daß der Empfänger die Schulden bezahlen solle, ändert ohne eigene Theilnahme der Gläubiger an dem Geschäfte in deren Rechtsverhältniß zum Schenker nichts; es tritt hier dasselbe ein, wie wenn gar nichts verabredet ist; die Gläubiger halten sich zunächst an den Schenker; ist dieser aber sie zu befriedigen nicht im Stande, so können sie Abtretung der dem Schenker gegen den Empfänger zustehenden Klagen verlangen, indem hier ein donatio sub modo vorliegt, weshalb dem Schenker eine Klage auf Erfüllung des Modus oder auf Zurückforderung des Gegebenen zusteht. Was von den Schulden bemerkt ist, beschränkt sich natürlich auf die zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Schulden; die später entstandenen bleiben ebenso wie das später erworbene Vermögen des Schenkers bei der Schenkung des gegenwärtigen Vermögens ganz außer Betracht. — Auch wenn Jemand eine ihm zugefallene Erbschaft verschenkt, sind die bisher aufgestellten Regeln anzuwenden. Auch hier wird hinsichtlich der Erbschaftsschulden die stillschweigende Uebernahme der Bezahlung derselben durch den Empfänger angenommen[134]). Die ausdrückliche Verabredung eines Anderen enthält hier nicht nothwendig eine unredliche Absicht gegen die Gläubiger, da der Schenker sehr wohl beabsichtigen kann, die Erbschaftsschulden aus seinem dazu hinreichenden Vermögen zu decken. — Hat die Schenkung die künftige Erbschaft eines noch Lebenden zum Gegenstande, so ist sie nach römischem Rechte mit dessen Zustimmung giltig, außerdem verboten[135]); wird dennoch gegen das Verbot gehandelt, so trifft den Schenker die Strafe der Confiscation der ihm später wirklich angefallenen Erbschaft[136]). Ob auch im heutigen Rechte es zur Giltigkeit einer solchen Schenkung der Einwilligung desjenigen, dessen künftige Erbschaft Gegenstand derselben ist, bedarf, ist bestritten[137]). Selbst, wenn man die fortdauernde Giltigkeit des römischen Rechtes in dieser Beziehung annimmt, ist doch die Anwendbarkeit der Strafe der Confiscation mit Grund zu bezweifeln, da diese ein Recht des römischen Fiscus war,

134) L. 28. D. (39. 5.) Daß Papinian hier die Schenkung einer Erbschaft als solcher unbedenklich als wirksam ansieht, während doch nach älterem Rechte die Schenkung des eigenen Vermögens im ganzen bedenklich war, ist eine Folge der Zulässigkeit der Uebertragung einer schon erworbenen Erbschaft von Seiten eines jeden Erben durch in iure cessio nach älterem Rechte und der eigenthümlichen Wirkungen einer solchen in iure cessio. Gai. Inst. Comm. II. §. 35. 36. Comm. III. §. 85. 86. Ulpian. Tit. XIX. §. 13.

135) L. 30 C. (II. 3.)

136) L. 29. §. 2. D. (39. 5.) L. 2. §. 3. D. (34. 9.)

137) Für die bejahende Meinung haben sich erklärt Hasse, Rhein. Museum Bd. II, S. 149 flg., 300 flg. Beseler, Erbverträge Th. II, Bd. II, S. 228 flg. Savigny a. a. O. S. 144, N. o. Gerber, teutsches Privatr. §. 257, N. 4. Dagegen sind a. M. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 341. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 453. Thibaut, Pandektenr. §. 853 und der Verfasser des Artikels Erbverträge Bd. IV, S. 30, auf welchen letzteren, da wir dessen Ausführung beipflichten, wir verweisen.

welches als mit dem römischen Staatsrechte zusammenhängend auf die jetzigen landesherrlichen fisci nicht übertragen werden kann. — Ist nicht blos das gegenwärtige, sondern auch das künftige Vermögen des Gebers Gegenstand der Schenkung, so ist solche nach römischem Rechte für ungiltig zu halten, weil sie in Wahrheit einen versteckten Erbvertrag enthält, welcher dem Schenker die anderweite wirksame Verfügung über sein Vermögen entzieht, nicht blos die Freiheit der letztwilligen Verfügung, sondern auch die Möglichkeit, sein Vermögen seinen gesetzlichen Erben zukommen zu lassen, mithin jeden Einfluß auf das Schicksal des Vermögens; und gerade darin liegt der Grund des Verbotes der Erbverträge bei den Römern. Die verschiedenen Gründe, welche man für die Giltigkeit einer solchen Schenkung nach dem römischen Rechte angeführt hat, sind sämmtlich nicht haltbar[138]). Nach dem teutschen Rechte ist aber eine solche Schenkung, weil sie ein wahrer Erbvertrag ist, unzweifelhaft giltig, und wenn sich ältere Praktiker dagegen aussprechen[139]), so ist dies aus dem früheren langen Streite über die jetzt allgemein anerkannte Giltigkeit der Erbverträge und aus der Unklarheit darüber, welche Geschäfte unter den Begriff der Erbverträge zu subsumiren seien, zu erklären[140]). Die Schenkung einer Quote des jetzigen und zukünftigen Vermögens ist selbst nach römischem Rechte ohne Zweifel giltig, weil in den nicht verschenkten Theil eine wahre wirksame Erbfolge stattfinden kann. Ebenso kann nach römischem Rechte das ganze jetzige und zukünftige Vermögen Gegenstand einer mortis causa donatio sein, weil diese wegen ihrer regelmäßigen Widerruflichkeit dem letzten Willen ähnlich ist.

III. Vertragsnatur der Schenkung[141]). Die Frage, ob die Schenkung überhaupt als Vertrag zu betrachten sei, beantwortet der neueste Schriftsteller über diese Lehre, Savigny, dahin, daß in den meisten und wichtigsten Fällen der Charakter des Vertrages nicht zu verkennen sei, z. B. wenn die Schenkung durch Tradition, Versprechen oder Erlaßvertrag bewirkt wird; daß es dagegen aber auch andere Fälle gebe, wo sie kein Vertrag sei, d. h. wo des Empfängers Bewußtsein der Bereicherung und dessen Einwilligung in dieselbe nicht nothwendig sei; woraus gefolgert wird, daß auch in den Fällen, wo die Schenkung als Vertrag erscheint, diese Eigenschaft nicht in ihrem Wesen als Schenkung begründet sein könne, sondern vielmehr in der besonderen Natur derjenigen Rechtsgeschäfte, wodurch sie gerade bewirkt wird. Der Beweis wird durch Darlegung derjenigen Rechtsgeschäfte zu führen versucht, worin eine wahre Schenkung enthalten sei, ohne daß der Empfänger

---

138) Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 142—144.

139) Carpzov, Iurisprud. for. Rom. Saxon. P. II. Const. 12. def. 26. Schilter, Exercitat. XLIII. §. 19.

140) Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 341. Savigny a. a. O. S. 144 flg.

141) Savigny a. a. O. S. 145—166.

einwilligt[142]), was oft so geschehe, daß der Empfänger von der Handlung des Gebers überhaupt keine Kenntniß habe, also auch seine eigene Bereicherung weder kenne, noch durch seinen Willen genehmigen könne. Dahin werden folgende Fälle gerechnet: die Bestellung einer dos von Seiten eines Fremden, die Befreiung eines Schuldners durch absichtlich schlechte Proceßführung oder durch gerichtliches Eingeständniß, die Bestreitung von Aufwänden zum Vortheil eines Anderen in der Absicht, sie nicht wieder zu fordern, die Befreiung eines Schuldners durch baare Zahlung oder Expromission oder infolge einer Bürgschaft, wobei die Absicht zu schenken vorliegt. In allen diesen Fällen könne der Beschenkte darum wissen; es sei dies aber ganz zufällig und gleichgiltig, seine Einwilligung sei für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unerheblich und die heimliche Wohlthat sei hier völlig ebenso giltig als die verabredete. In anderen Fällen wisse zwar der Empfänger um die Handlung des Gebers, aber nicht um die darin enthaltene Absicht zu schenken, und die Schenkung sei darum nicht weniger vorhanden, z. B. wenn Jemand eine Sache absichtlich unter dem Werthe verkauft, um den Käufer zu bereichern, dieser aber die wohlthätige Absicht des Käufers nicht kennt oder wenn Jemand eine Nichtschuld wissentlich zahlt, während der Empfänger es für eine wahre Schuld hält. Dagegen behaupten Viele, daß jede Schenkung zu ihrer Giltigkeit eine Annahme von Seiten des Beschenkten bedürfe. Dies kann nach Savigny eine doppelte Bedeutung haben, je nachdem man die Schenkung von ihrer positiven oder von ihrer negativen Seite, im Falle fehlender Annahme des Beschenkten, auszuschließen versucht. Das erste würde nach ihm dazu führen, daß ohne Annahme die angeführten Geschäfte ungiltig wären, so daß überhaupt nichts bewirkt würde. Das zweite würde dazu führen, daß das Geschäft selbst zwar giltig wäre, aber nicht die Natur einer Schenkung annähme, folglich den Einschränkungen der Schenkung nicht unterläge. Savigny sucht beide mögliche Behauptungen zu widerlegen und wählt dazu als Beispiel den Fall der Bezahlung fremder Schulden von Seiten Jemandes in der Absicht, den Schuldner dadurch zu bereichern. Der Mangel der Einwilligung des Schuldners, welche von den Gegnern für nöthig erachtet wird, könnte erstlich dazu führen, daß die Handlung keine giltige Zahlung wäre, daß also der Schuldner nicht frei würde. Daß der Schuldner aber ohne sein Wissen, selbst wider seinen Willen, durch eine solche Zahlung befreit wird, ist in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt[143]). Der Mangel der Einwilligung könnte zweitens bewirken, daß die Handlung zwar giltig, aber keine Schenkung wäre und den besonderen Beschränkungen einer Schenkung nicht unterläge. Savigny hält dies aber für ganz

142) Vgl. darüber Meyerfeld a. a. O. Bd. I, S. 37 flg.

143) L. 23. D. (46. 3.) Dasselbe sagt von der Expromission L. 91. D. eod.

undenkbar, weil dadurch alle jene Beschränkungen vereitelt würden. Unserer Ansicht nach ist nun keineswegees die Schenkung überall ein Vertrag, so daß ohne Annahme des Beschenkten eine Schenkung nicht denkbar wäre. Wir erkennen an, daß eine Schenkung auch ohne Annahme des Beschenkten giltig stattfinden kann, behaupten aber, daß die Fälle, in welchen eine Bereicherung des Empfängers ohne sein Wissen, ja selbst gegen seinen Willen eintritt, nur in Bezug auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten als Schenkungen behandelt werden, den übrigen Einschränkungen der Schenkung aber nicht unterliegen. So wird allerdings von der wissentlichen Bezahlung einer Nichtschuld gesagt, daß sie eine donatio sei[144]; sie wird aber, sowie alle anderen absichtlichen Bereicherungen eines Anderen, welche ohne dessen Willen ja selbst gegen dessen Willen geschehen, nur insofern als Schenkung betrachtet und behandelt, als die Zurückforderung dessen, wodurch der Andere bereichert ist, mit der condictio indebiti ausgeschlossen ist[145]), überhaupt keine Zurückforderung stattfindet und als sie unter das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten fällt. Daß sie darunter falle, ist nicht zu bezweifeln. Denn jede von dem einen Ehegatten für den anderen Ehegatten gezahlte Schuld oder vorgenommene Expromission ist dem allgemeinen Schenkungsverbote in der Ehe unterworfen[146]); auf das Bewußtsein und die Einwilligung des Beschenkten kommt nichts an; entscheidend ist lediglich die absichtliche Bereicherung des einen Ehegatten aus dem Vermögen des anderen[147]). Dagegen muß entschieden in Abrede gestellt werden, daß die absichtlichen Bereicherungen eines Anderen, welche ohne dessen Wissen, ja selbst gegen dessen Willen geschehen, den anderen Einschränkungen der Schenkungen, nämlich der Insinuation und dem Widerrufe wegen Undankes unterliegen. Bleiben wir zuvörderst bei der Insinuation stehen, so setzt diese, wie es in der Natur der Sache liegt, einen förmlichen Schenkungsvertrag voraus, also Bewußtsein der Liberalität von Seiten des Beschenkten und Annahme desselben. Der Zweck der Erschwerung der Schenkung durch Insinuation ist nicht blos leichtsinnige Schenkungen zu verhüten, sondern auch dem Empfänger ein größeres Geschenk durch diese Form zu sichern, daß der Geber das Geschenk nicht wieder zurücknehme. Auf absichtliche Bereicherungen des Anderen, welche ohne dessen Wissen,

144) L. 53. D. (50. 17.) Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est. L. 82. D. (50. 17.) L. 29. pr. D. (39. 5.) L. 47. D (38. 1.) L. 7. §. 2. D. (41. 4.) L. 12. D. (46. 2.)

145) L. 1. §. 1. D. (12. 6.) Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hunc actionem condicere potest; s e d s i s c i e n s, s e n o n d e b e r e s o l v i t, c e s s a t r e p e t i t i o.

146) L. 5. §. 4. L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. (24. 1.)

147) L. 50. pr. D. (24. 1.) Quaeritur enim, an mulier ex viri patrimonio locupletior sit eo tempore, quo de dote agebatur? facta autem intelligitur, quae alieno aere suo, interventu viri liberata est: quod potuisset adhuc debere, si vir pecuniam non solvisset.

ja selbst gegen seinen Willen geschehen, ist die Form der Insinuation unanwendbar. Derjenige, welcher wissentlich eine Nichtschuld zahlt oder durch Zahlung oder Expromission einer fremden Schuld den Schuldner ohne dessen Wissen, vielleicht gegen seinen Willen befreit, handelt nicht aus Leichtsinn; die Handlung geschieht mit vollem Bewußtsein einer nicht dazu bestehenden Verpflichtung; es kann also die Insinuation in solchen Fällen schon deshalb nicht nöthig sein, weil von einem Leichtsinne des Gebers hier nicht die Rede sein kann. Dann aber ist die Liberalität in solchen Fällen, wenn sie gegen des Bereicherten Willen geschieht, eine aufgedrungene, welche er, wie Zahlung und Expromission, nicht einmal durch ein Verbot abzuwenden im Stande ist, sondern als geschehene Thatsachen hinnehmen muß. Wie kann man hier von der Nothwendigkeit einer Insinuation sprechen, um den Bereicherten von der Zurückforderung dessen, um was er bereichert worden ist, zu sichern, da die ganze Handlung gegen seinen Willen vorgegangen ist? Es wäre auch wahrlich sonderbar, wenn wegen mangelnder Insinuation hier die Zurückforderung gegen den Bereicherten gestattet sein sollte, da die Zurückforderung einer wissentlich gezahlten Nichtschuld schlechthin ausgeschlossen ist. Betrachtet man den Fall absichtlich schlechter Proceßführung, z. B. durch absichtliches Nichtvorbringen einer zustehenden zerstörlichen Einrede oder den Fall des gerichtlichen Eingeständnisses einer unbegründeten Schuld und behandelt auch diese als Schenkungen und unterwirft sie der Einschränkung der Schenkungen durch die Form der Insinuation, so kommt man in der That zu sonderbaren Resultaten. Es müßte hiernach das absichtliche Nichtvorbringen einer Einrede, die absichtliche Versäumniß eines zuerkannten Beweises im Processe und am Ende jeder Proceßschritt, wenn Gegenstände von größerem Werthe in Frage sind, erst gerichtlich insinuirt werden, um den Proceßgegner dagegen zu sichern, daß nicht nach rechtskräftig entschiedener Sache die im Processe versäumten und unterlassenen Rechtsbehelfe unter dem Vorwande, man habe darauf, in der Absicht zu schenken, verzichtet, wieder erneuert und die rechtskräftigen Erkenntnisse auf indirectem Wege dadurch wieder aufgehoben werden. Noch auffallender zeigt sich aber die Unanwendbarkeit der anderen Einschränkung der Schenkungen, nämlich des Widerrufes wegen Undankes, in solchen Fällen. Für aufgedrungene Bereicherungen, die ohne den Willen, ja selbst gegen den Willen des Bereicherten geschehen, ist derselbe demjenigen, von welchem die Bereicherung ausgegangen ist, nie zum Danke verpflichtet; denn es liegt in solchen Handlungen, die ihn ohne Wissen und Willen und selbst gegen seinen Willen bereichern, für ihn weniger eine Wohlthat, ein Wohlwollen des Handelnden, als vielmehr eine unbefugte Anmaßung des Handelnden ja bisweilen sogar eine Beleidigung für den Bereicherten, z. B. wenn Jemand eine fremde Schuld angeblich aus Mitleid mit den Umständen des Schuldners bezahlt, während diese doch in der That nicht schlecht sind. Das Resultat

ist, daß die Insinuation sowohl als der Widerruf wegen Undankes sich lediglich auf Schenkungsverträge beschränken. — In den häufigsten und wichtigsten Fällen ist die Schenkung allerdings Vertrag und dann ist allerdings die Einwilligung beider Theile zur Giltigkeit der Schenkung nothwendig; dies ist insbesondre der Fall bei der Tradition[148]). Zuerst ist also erforderlich der Wille des Gebers, auf welchem die Liberalität, die Grundlage jeder Schenkung, beruht; daher wenn sich ein Anderer anmaßt, diesen Willen zu ersetzen, also für ihn zu schenken, das Geschäft ungiltig ist[149]). Die Natur der einzelnen Rechtsgeschäfte bestimmt die Form dieser Einwilligung; durch die Eigenthümlichkeit der Schenkung wird die sonst erforderliche Form weder beschränkt, noch erschwert[150]); nur tritt bei Schenkungsverträgen, welche über eine gewisse Summe ansteigen, als besonderes Erforderniß noch die Insinuation hinzu, wovon nachher die Rede sein wird. Dann ist erforderlich die Annahme der Schenkung oder die Einwilligung von Seiten des Empfängers, welche ebenfalls an keine Form gebunden ist, namentlich auch stillschweigend erklärt, und da ein Geschenk regelmäßig sehr angenehm ist, leicht aus solchen Handlungen, die nur einigermaßen eine Deutung darauf zulassen, gefolgert werden kann. Blos bei bestimmt verweigerter Annahme kommt in solchen Fällen überhaupt eine Schenkung gar nicht zu Stande[151]). So lange der Empfänger die Annahme nicht erklärt hat, ist die Schenkung nicht perfect, also unentschieden[152]); es kann daher in der Zwischenzeit bis zur Erklärung der Annahme der Geber seinen Willen widerrufen, wodurch das ganze Geschäft rückgängig wird. Ist zur Zeit der erklärten Annahme kein Widerruf erfolgt, so gilt die nicht widerrufene Erklärung des Gebers als fortdauernder Wille. Für den Fall, daß zur Zeit der erklärten Annahme der Geber unfähig geworden ist zu wollen, weil er in der Zwischenzeit gestorben

---

148) L. 55. D. (44. 7.)

149) L. 7. 8. 10. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

150) L. 6. 7. 13. C. eod. Die Einwilligung des Gebers kann nicht aus Vermuthungen hergeleitet werden. Vgl. darüber Meyerfeld a. a. O. Th. I, S. 42 flg.

151) L. 10. D. (39. 5.) .. si .. missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit. L. 19. §. 2. D. eod. Non potest liberalitas nolenti acquiri. Savigny a. a. O. S. 151, N. 1 will diese Regel eben auf die häufigeren Fälle, wo die Schenkung den Charakter eines Vertrages an sich trägt, beschränkt wissen, da sie, als durchgreifendes Princip für alle Schenkungen überhaupt aufgefaßt, anderen sehr bestimmten Stellen (L. 23. 91. D. (46. 3.)) geradezu widersprechen würde. Wir stimmen damit überein, verweisen aber wegen dessen, daß eine absichtliche Bereicherung des Anderen ohne dessen Annahme nur mit gewissen Beschränkungen als Schenkung behandelt werde, nämlich in Bezug auf die Ausschließung der condictio indebiti und das Schenkungsverbot in der Ehe, auf das früher Bemerkte.

152) L. 10. D. (39. 5.) Sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam ... donatae rei dominus non fit. Selbstverständlich, bis er es erfährt und nunmehr einwilligt.

oder wahnsinnig geworden war, ist die Schenkung gar nicht vorhanden, weil kein Zeitpunkt angegeben werden kann, worin Beide gemeinschaftlich die Schenkung gewollt hätten. Es ergiebt sich dies aus mehreren Stellen[153]), in denen gesagt wird, daß, wenn Jemand in der Absicht zu schenken Jemanden Geld gegeben habe, um es demjenigen, welchem er schenken wollte, zu überbringen und der die Schenkung Beabsichtigende eher gestorben sei, als der mit der Ueberbringung des Geldes Beauftragte dasselbe überbracht habe, das Geld nicht Eigenthum dessen, welcher beschenkt werden sollte, werde. Der Erbe des Gebers kann selbstverständlich von neuem schenken, aber der Wille des Verstorbenen, der eine bloße Thatsache ist, so lange er nicht in ein vollendetes Rechtsgeschäft übergegangen, kann nicht als in dem Erben fortdauernd angesehen werden; die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen gehen allerdings auf den Erben über, die thatsächlichen Verhältnisse nicht; zu diesen letzten gehört aber das bloße Wollen ebenso gut als der Besitz, welcher auch nicht auf die Erben übergeht; der Grund davon, daß dieses gerade bei der Schenkung besonders bewirkt wird, da doch diese, was die Nothwendigkeit des übereinstimmenden Willens betreffe, mit dem Kaufe und anderen Verträgen auf gleicher Linie steht[154]), liegt darin, daß bei dem Kaufe eine Obligation vor der Tradition vorhergeht, die selbst ein vollendetes Rechtsgeschäft ist und daher auf den Erben übergeht, während bei der Schenkung ganz gewöhnlich alles eigentliche Rechtsgeschäft mit der Tradition anfängt und endigt. Wir stimmen mit dieser Ausführung Savigny's vollkommen überein, wenn wir gleich der Ansicht sind, daß die fraglichen Stellen (s. N. 153) eigentlich von dem älteren Rechte handeln, wornach ein bloßes Schenkungsversprechen nicht klagbar war und zur Perfection der Schenkung Tradition erfordert wurde und daß sie einfach nur die Frage beantworten, ob, wenn der zur Tradition Beauftragte solche erst nach dem Tode dessen, der schenken will, übergebe, das Eigenthum auf den Empfänger übergehe oder nicht. Der Eigenthumsübergang müßte nothwendig verneint werden, weil selbst zur Perfection der Schenkung Tradition verlangt wurde, diese aber bei Lebzeiten des Schenkers geschehen mußte, weil entgegesetzten Falles eine Klage auf Erfüllung der Schenkung gegen den Erben des Schenkers nicht statthaft war. Aber, wenn wir auch dieser Ansicht sind, so müssen wir vom Standpunkte des neuesten Rechtes aus, wo das formlose Schenkungsversprechen klagbar ist, die Stellen von dem Falle verstehen, wenn Jemand ohne vorhergehendes acceptirtes Schenkungsversprechen einen Anderen beauftragt hat, eine Sache einem Dritten, dem er sie schenken will, zu übergeben und vor der Uebergabe stirbt. Anwendungen der gedachten Regel finden

---

153) L. 2. §. 6. D. (39. 5.) L. 8. C. (IV. 10.)
154) L. 55. D. (44. 7.)

sich in mehreren Stellen[155]). Auch widerspricht dem nicht, daß der Schuldner, welcher vom Gläubiger beauftragt wird, an einen Dritten zu zahlen, auch nach dem Tode des Gläubigers, wenn er sich darüber in Unwissenheit befindet, an den Dritten giltig zahlt und durch die Zahlung von der Schuld befreit wird[156]). Denn gesetzt, die Zahlung geschah an den Dritten, weil der Gläubiger demselben ein Geschenk machen wollte, so bleibt zwar die Zahlung bei Kräften, indem der Schuldner befreit wird; eine andere Frage aber ist, ob der Dritte das Empfangene behalte und diese Frage ist nach dem Obigen zu verneinen und der Erbe des Gläubigers das dem Dritten gezahlte Geld mit der condictio sine causa zurückzufordern befugt. Wird von Jemanden dem Anderen eine Geldsumme unmittelbar durch Tradition geschenkt, das Eigenthum und die Schenkung aber von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht, so hat der Tod oder der Wahnsinn des Schenkers vor Erfüllung der Bedingung keinen Einfluß auf die Giltigkeit der Schenkung[157]); sie wird nicht, wie in den anderen angegebenen Fällen, vernichtet, sondern bleibt giltig, wovon der Grund darin liegt, daß bei einer solchen bedingten Schenkung Wille und That der Personen gleich anfangs vollständig vorhanden waren und die Giltigkeit des Geschäftes nur noch von einem äußeren Ereignisse abhängig gemacht wurde, bei dessen späterem Eintritt der Wille ohne Einfluß war. Daher steht dem Schenker auch während der Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung unentschieden ist, das Recht des Widerrufes der von seiner Seite schon perfecten Schenkung nicht zu und deshalb wird auch bei späterer Erfüllung der Bedingung es so angesehen, als wäre diese Erfüllung schon bei Abschluß des Vertrages eingetreten. — Der Irrthum bei Schenkungsverträgen kann auf Seiten des Einen oder auch auf Seiten Beider dem Willen zum Grunde liegen. Betrifft der Irrthum die dem Irrenden gegenüberstehende Person, und zwar die Person des Empfängers, so entsteht keine Schenkung; irrt der Empfänger in der Person des Gebers, so wird die Schenkung aufrecht erhalten[158]). Beide Fälle unterscheiden sich darin, daß für den Geber die Person des Empfängers vom größten Gewicht ist, nicht so für den Empfänger die Person des Gebers, weil ein Geschenk nicht leicht zurückgewiesen werden wird, von wem es auch komme, so daß der Irrthum über den Geber als minder wesentlich die Einwilligung des Empfängers nicht aufhebt.

155) L. 19. §. 3. D. (39. 5.) L. 11. §. 8. D. (24. 1.)
156) L. 32. D. (46. 3.)
157) L. 2. §. 5. D. (39. 5.)
158) L. 25. D. (39. 5.) Der Fall ist hier folgender: Gajus will dem Titius schenken und beauftragt den Sejus mit der Ueberbringung des Geschenkes; Sejus aber giebt dem Titius das Geschenk im eigenen Namen und veranlaßt dadurch denselben, ihn den Sejus, nicht den Gajus, für den Schenker zu halten. Der Strenge nach ist hier auch keine Schenkung vorhanden und Gajus kann die geschenkte Sache wieder zurückfordern; allein aus Billigkeit wird gegen diese Klage die exceptio doli gestattet.

Das Interesse, welches der Geber dabei hat, daß der Beschenkte wisse, wem er zu Dank verpflichtet sei, wird vollständig durch die spätere Aufklärung des Irrthums befriedigt. Betrifft der Irrthum das Rechtsverhältniß, indem Geber und Empfänger verschiedene Verhältnisse vor Augen haben, so kommt nach allgemeinen Grundsätzen gar kein Rechtsgeschäft zu Stande. So wird namentlich in dem Falle, wenn der Geber an ein Darlehen oder einen Leihcontract, der Empfänger an eine Schenkung denkt, keine Schenkung als vorhanden angenommen. Zweifelhaft ist der umgekehrte Fall, wenn der Geber schenken will, der Empfänger aber in der Meinung steht, die Sache sei ihm als Commodat oder als Darlehen gegeben und sie in dieser Meinung annimmt. Auf diesen Fall beziehen sich zwei Stellen[159]), deren wirklicher oder vermeintlicher Widerspruch schon seit den Glossatoren zu den verschiedensten Meinungen Veranlassung gegeben hat[160]). In der einen Stelle wird ausschließlich von Julian der Eigenthumsübergang behandelt und bestimmt behauptet für alle Fälle, wo beide übereinstimmend den Uebergang des Eigenthums wollen, wenn sie gleich dabei verschiedene Rechtsgeschäfte im Auge haben; davon wird eine Anwendung auf zwei verschiedenartige Fälle gemacht; in dem einen ist nach dem Willen Beider dieselbe causa, nämlich die solvendi causa, wenngleich jeder dabei eine verschiedene vorherige Obligation voraussetzt; in dem anderen will der Eine die donandi causa, der Andere die obligandi oder credendi causa; in beiden Fällen wird auf dieselbe Weise entschieden. Ulpian behandelt die Frage nach dem Eigenthumsübergange nur beiläufig, bei Gelegenheit des giltigen Darlehens und deshalb sehen Einige die Worte: nummos accipientis non fieri nicht als Verneinung des Eigenthumsüberganges, sondern nur des giltigen Darlehens an. Die Abweichung beider Juristen besteht darin, daß nach Julian der Wille, daß Eigenthum übergehe, entscheidend ist, die Verschiedenheit der Gründe dieses Willens aber für den Eigenthumsübergang ohne Bedeutung ist, während nach Ulpian, wenn er wirklich den Eigenthumsübergang verneinen will, der auf einem bestimmten Grunde beruhende Wille der Uebertragung entscheidet, so daß die Verschiedenheit dieser Gründe auf Seiten beider Personen den Uebergang des Eigenthums hindert. Hier kommt es aber weniger auf die Frage vom Eigenthumsübergange als auf die Frage von der Giltigkeit der Rechtsgeschäfte an. Ulpian sagt, wenn Jemand dem Anderen Geld in der Absicht zu schenken giebt, der Andere dasselbe in der Meinung, es sei ihm dargeliehen, annimmt, so sei eine giltige Schenkung nicht vorhanden,

159) L. 36. D. (41. 1.) von Julian; L. 18. pr. D. (12. 1.) von Ulpian.

160) Vgl. über diese Stellen Glück, Erl. d. Pand. Bd. IV, S. 152—156. Bd. VIII, S. 120—123. Regenbrecht, comm. ad L. 36. D. de acquir. rer. domin. et L. 18. D. de reb. credit. Berol. 1820. Meyerfeld a. a. O. Bd. I, S. 121—123 und besonders Savigny a. a. O. S. 158—164.

wofür er sich auf das Zeugniß des Julian beruft[161]); er verneint auch den Abschluß eines Darlehens und beruft sich deshalb zwar nicht wieder auf dieselbe Auctorität, was aber nicht als Meinungsverschiedenheit beider Juristen über diese Frage anzusehen ist; Ulpian verneint den Abschluß des Darlehens aus demselben Grunde, wie bei der Schenkung, nämlich aus dem Grunde der für dieses besondere Geschäft fehlenden Uebereinstimmung. Hat der Empfänger das Geld consumirt, so soll er, obgleich er mit einer condictio belangt werden könne, doch die doli exceptio vorschützen können, weil er das Geld gemäß dem Willen des Gebers consumirt habe. Hierbei hat sich Ulpian den Fall so gedacht, daß der Geber, sobald er zuerst seinen Irrthum erfährt, seine wohlwollende Absicht ändert und Alles widerruft, worauf die condictio hindeutet. Denn wenn der Empfänger zuerst den Irrthum entdeckt und nun in den noch unveränderten Willen des Gebers einzugehen erklärt, so ist ohne Zweifel eine giltige Schenkung zu Stande gekommen, weil Beide nun dieselbe übereinstimmend gewollt haben; entdeckt der Geber den Irrthum und erklärt sich nun mit dem vom Empfänger gemeinten Darlehen einverstanden, so kommt eben so gewiß ein giltiges Darlehen zu Stande. Die in dem von Ulpian gedachten Falle, wenn der Geber, der zuerst den Irrthum entdeckt und Alles widerruft, anzustellende Klage wird sich darnach richten, ob das Geld noch in specie bei dem Empfänger vorhanden oder ob es ausgegeben ist. Im ersten Falle wird der Geber, nach Ulpian, das Geld vindiciren, nach Julian, mit der condictio sine causa fordern können, ohne daß eine dieser Klagen durch die doli exceptio ausgeschlossen wird, weil es kein dolus ist, seinen Willen zu ändern, so lange derselbe nicht in ein bindendes Rechtsgeschäft übergegangen ist, dessen Dasein aber Ulpian, zum Theil auf Julian sich berufend, bestimmt in Abrede stellt. Im zweiten Falle kommt es darauf an, ob das Geld in der Art ausgegeben ist, daß der Werth noch im Vermögen ist, z. B. in vom Empfänger dafür angeschafften Sachen oder ob die Ausgabe des Geldes so erfolgt ist, daß sich Nichts davon mehr im Vermögen befindet, z. B. dadurch, daß es der Empfänger verschenkt oder auf liederliche Weise durchgebracht hat. Ist das erstere der Fall, so steht die condictio sine causa auf Zurückforderung zu, soweit der Empfänger noch bereichert ist, was in der allgemeinen Natur der Condictionen liegt[162]). Ist das zweite der Fall, und an diesen Fall allein denkt Ulpian[163]), so soll die Condiction

161) Es muß damit eine andere Stelle gemeint sein, als L. 36. D. (41. 3.). Doch kann auch in letzterer Julian sich so geäußert haben und nur die fragliche Stelle nicht vollständig in die Digesten aufgenommen sein.

162) L. 26. §. 12. L. 65. §. 6. 8. D. (12. 6.)

163) Dies kann man freilich nur dann annehmen, wenn man mit Savigny den Ausdruck consumserit von Verschwendung erklärt, was, obwohl derselbe oft und wohl noch häufiger, für jedes Aufzehren, auch dasjenige, wobei ein Vortheil im Vermögen zurückbleibt, gebraucht wird, um so eher zulässig ist,

durch doli exceptio entkräftet werden. Es beruht dies darauf, daß die Condictionen überhaupt nur stattfinden, wenn das Gegebene noch existirt, sei es in Natur oder durch Verwandlung in ein anderes Vermögensstück oder wenn es durch den dolus des Empfängers zu existiren aufgehört hat[164]). Dem Empfänger fällt aber im vorliegenden Falle kein dolus zur Last, indem er selbst als vermeintlicher Darlehensschuldner zum Ausgeben des Geldes berechtigt war; ein dolus würde ihm nur dann zur Last fallen, wenn er das Geld nach erhaltener Wissenschaft von dem Widerrufe des Gebers verschwendet hätte; vielmehr wäre ein dolus des Gebers anzunehmen, wenn er seine frühere Freigebigkeit dahin drehen wollte, daß der Empfänger sogar an seinem Vermögen verlöre, da doch die Consumtion in eine Zeit fällt, wo sie dem damals noch unveränderten Willen des Gebers völlig entsprach, worauf als auf den eigentlichen Entschuldigungsgrund in den Worten: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti, hingewiesen wird.

IV. Einschränkungen der Schenkung. A. Verbot unter Ehegatten[165]). Ueber die Zeit, wenn dieses Verbot entstanden sei, sind die Ansichten verschieden. Nach der einen Ansicht[166]) hat das Verbot schon von den ältesten Zeiten her bestanden; nach einer anderen Meinung[167]) fällt es erst nach der lex Cincia[168]) in die späteren Zeiten des römischen Freistaates. Diejenigen, welche das Verbot schon vor das gedachte Gesetz setzen, beschränken die durch dasselbe den Ehegatten gewährte Erlaubniß einander zu schenken auf die speciellen Ausnahmen des Verbotes oder wenigstens auf die in der Ehe erlaubten Schenkungen mortis causa oder divortii causa[169]). Indessen kann bei der in dem Gesetze ohne Beschränkung ausgesprochenen Erlaubniß nur der zweiten Ansicht beigepflichtet werden, zumal die Ausnahmen zum Theil erst durch kaiserliche Constitutionen oder die Jurisprudenz der späteren Juristen eingeführt sind. Allerdings waren schon vor der lex Cincia in der Ehe, wo sich die Ehefrau in der manus des Mannes befand, Schenkungen unzulässig, aber nicht wegen eines besonderen

---

als gerade bei der Schenkung der Ausdruck von der Verschwendung erklärt wird (L. 32. §. 9. D. (24. 1.)) und nur durch diese Erklärung dem Widerspruche der Stelle mit anderen unbestrittenen Regeln vorgebeugt werden kann.

164) L. 65. §. 8. D. (12. 8.)

165) Glück, Erl. d. Pand. Bd. XXV, S. 422—464. Bd. XXVI, S. 1—220. Savigny a. a. O. S. 165—194. Sintenis, gem. Civilr. Bd. III, S. 70—79.

166) Glück a. a. O. Bd. XXV, S. 441 flg.

167) Franck, im Archiv für civil. Praxis Bd. XVIII, S. 1 flg.

168) Denn dieses Gesetz zählt die Ehegatten zu den exceptae personae. Fragm. Vat. §. 302. Der Begriff der exceptae personae wird nach den Worten der lex Cincia darin gesetzt, daß: iis omnibus inter se donare capere liceto. Fragm. Vatic. §. 298.

169) Auf letztere beschränkt sie Savigny a. a. O. S. 195, N. c.: auf die Ausnahmsfälle überhaupt Hasse, im Rhein. Museum Bd. I, H. 3, S. 215.

Verbotes, sondern wegen der hier zwischen den Ehegatten stattfindenden Personeneinheit, und für diese Ehen bestand aus demselben Grunde auch nach dem Gesetze die Ungiltigkeit der Schenkungen fort. Das Gesetz kann sich also nur auf die freien Ehen bezogen haben, für welche, so lange noch die alte unverfälschte Sittenreinheit auch im ehelichen Verhältnisse bewahrt wurde, eine Veranlassung zu dem Verbote der Schenkungen gar nicht vorlag. Erst mit dem Ueberhandnehmen der Ehescheidungen und mit der zunehmenden Sittenverderbniß und Verschwendung, welche eine gemeine Habsucht mit sich führte, mußte ein Rechtssatz nothwendig erscheinen, welcher die Verwirklichung gewinnsüchtiger Absichten unter Ehegatten unmöglich machte[170]. Die Grundursache des Schenkungsverbotes liegt in dem Mißbrauche der Willkür der Ehescheidungen[171]. Vermöge dieses Verbotes waren Schenkungen unter Ehegatten ipso iure nichtig und konnten vor Caracalla nicht einmal durch den Tod des Schenkers giltig werden[172]. Der Begriff der Schenkung ist hier der früher entwickelte und dieser ist bei dem Verbote unter Ehegatten in seinem ganzen dort entwickelten Umfange zur Anwendung gebracht worden, während nach dem früher Bemerkten die übrigen Einschränkungen der Schenkung sich auf solche Schenkungen beziehen, welche die Natur eines Vertrages haben. In Bezug auf Schenkungen unter Ehegatten ist insbesondre das eine Merkmal der Schenkung, die Bereicherung, sehr sorgfältig durch die Jurisprudenz ausgebildet und namentlich der Charakter der fortdauernden Bereicherung sehr genau festgestellt worden, welcher das Rückforderungsrecht von Seiten des Schenkers begründet. Die hierüber aufgestellten Grundsätze sind nun zu erwähnen[173]. Außer den bereits oben erwähnten Gründen fehlender Bereicherung ist noch ein dritter denkbar, aus welchem das Dasein der Bereicherung, mithin auch der Schenkung verneint werden kann, nämlich der, daß das ursprünglich erworbene Recht in der Folge wieder untergeht und so die anfangs vorhandene Bereicherung verschwindet; hier ist das Geschäft meistens zunächst eine wahre Schenkung, hört aber nach einiger Zeit auf eine solche zu sein. Dies hat die Bedeutung, daß die Folgen der Schenkung späterhin aufhören, d. h. daß die anfangs zulässige Rückforderung einer nach positiven Rechtsregeln ungiltig geschenkten Sache ausgeschlossen wird, sobald die Bereicherung verschwindet. Es genügt aber nicht jeder Untergang des durch Schenkung erworbenen Rechtes zur Ausschließung der positiv vorgeschriebenen Wirkungen der Schenkung, sondern man muß folgende Fälle unterscheiden: den des reinen Unterganges und den der Verwande-

---

170) L. 1. D. (24. 1.) ne mutuato amore invicem spoliarentur. L. 3. pr. D. eod. ne concordia pretio conciliari videatur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

171) Francke a. a. O. S. 2 flg.

172) L. 3. §. 10. D. (24. 1.)

173) Vgl. Savigny a. a. O. S. 58—73.

lung des erworbenen Rechtes in ein anderes, welches an die Stelle des untergegangenen Rechtes getreten ist. Der reine Untergang kann seinen Grund haben entweder in dem mit der Schenkung selbst verbundenen Willen des Gebers oder im bloßen Zufalle oder in der Willkür des Empfängers. Hat der reine Untergang des durch Schenkung erworbenen Rechtes seinen Grund in dem Willen des Gebers, so ist dieser zur Zurückforderung gegen den beschenkten Ehegatten nicht berechtigt. Der Wille des Gebers kann gleich vom Anfang darauf gerichtet sein, daß der Empfänger die Sache an einen Dritten weiter gebe, welchenfalls höchstens in dem Fruchtgenusse der Zwischenzeit eine Schenkung liegt, in Ansehung der Hauptsache mit der Herausgabe der Sache an den Dritten jede Spur der Schenkung verschwindet[174]); dasselbe ist der Fall, wenn eine solche Verpflichtung mit Einwilligung des Empfängers diesem später auferlegt und erfüllt wird[175]). Der Wille des Gebers kann aber auch ohne eine dem Empfänger auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe an einen Dritten dahin ausgesprochen worden sein, daß die geschenkte Sache in einer solchen Weise verwendet werde, daß sie aus dem Vermögen des Empfängers ausscheiden muß; solchenfalls ist die Schenkung giltig[176]). Hat der Untergang des durch Schenkung erworbenen Rechtes seinen Grund im bloßen Zufall, so fällt jedes Rückforderungsrecht weg; es war zwar bis zum Untergange eine wahre Schenkung vorhanden, sie ist aber durch den Untergang mit allen denkbaren Folgen ohne Spur verschwunden[177]). Auch vom theilweisen Untergange gilt dasselbe; die Rückforderung des untergegangenen Theiles wird ausgeschlossen. Der häufigste und schwierigste Fall ist der dritte, wenn der Untergang des geschenkten Rechtes in der Willkür des Beschenkten seinen Grund hat. Nach dem strengen Rechte ist der beschenkte Ehegatte, weil er weiß, daß durch die verbotene Schenkung kein Eigenthum auf ihn übergehen konnte, wissentlich Besitzer einer fremden Sache[178]) und als solcher muß er, wenn er die geschenkte Sache absichtlich vernichtet, das geschenkte Geld weiter verschenkt oder verspielt, mit der condictio sine causa oder ex iniusta causa für den Werth haften[179]). Da jedoch nach der allgemeinen Natur der Condictionen dieselben, wenn die Sache untergeht, nur wegen dolus, nicht wegen

174) L. 49. D. (24. 1.) L. 5 §. 9. D. (23. 3.)
175) L. 34. D. (24. 1.) Fragm. Vat. §. 269.
176) Z. B. wenn ein Mann seiner Frau ein Grundstück zum Zweck des Begräbnisses eines Todten schenkt. L. 5. §. 8—12. D. (24. 1.) oder einen Sclaven, um ihn freizulassen. Ulpian. Fragm. tit. VII. §. 1. Paul. Sent. lib. II. tit. 23. §. 2. L. 109. pr. D. (30.) L. 22. C. (V. 16.) Der Eigenthumsübergang findet erst mit stattgefundener Verwendung, bezüglich mit der Freilassung statt.
177) L. 28. pr. D. (24. 1.)
178) L. 19. pr. D. (24. 1.)
179) L. 6. D. (24. 1.)

culpa statthaft sind[180]), so würde der beschenkte Ehegatte, wenn die geschenkte Sache durch Diebstahl ihm abhanden gekommen wäre, mit der Condiction nicht verklagt werden können, weil dieser Verlust in bloßer culpa seinen Grund hat. Außer der Condiction konnten nach Befinden noch andere Klagen stattfinden[181]). Der Anwendung dieser strengen Grundsätze gegen den beschenkten Ehegatten stand aber entgegen, daß derselbe, so lange der Geber die Schenkung nicht widerrufen hatte, mit des Gebers Willen besaß; daß, wenn er die Sache zerstörte oder veräußerte, dies folglich mit dem Willen des Eigenthümers geschah, wenigstens dies mit Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden konnte, wodurch der dolus und mit ihm alle jene Klagen ausgeschlossen waren. Eine Aenderung trat durch die oratio Antonini vom J. 206 ein, wonach bei fortdauernder Ehe dem Geber das Recht des Widerrufes eingeräumt wurde, nicht aber seinen Erben, dergestalt, daß die vom Geber bis zu seinem Tode nicht widerrufene Schenkung bei Kräften bleiben sollte[182]). In diesem Senatsschlusse ist noch ausdrücklich der Fall der Consumtion erwähnt[183]), was die Bedeutung hatte, daß die Consumtion der geschenkten Sache jeden Anspruch gegen den Empfänger, auch von Seiten des Gebers selbst, aufheben sollte. Denn durch die dem Erben versagte Rückforderung wurde eine unredliche Absicht des consumirenden Empfängers bei der Consumtion viel unwahrscheinlicher. Das praktische Ergebniß stellt sich in der von den Juristen nach jenem Senatsschlusse aufgestellten Lehre dar, daß zwar schon zum Begriff wahrer Schenkung Bereicherung des Empfängers gehöre; zwischen Ehegatten aber dies jetzt die Bedeutung habe, daß die Bereicherung des Empfängers eine bleibende, fortdauernde sein müsse und zwar noch zur Zeit der Litiscontestation, in der Vindication oder Condiction, womit das Geschenk zurückgefordert werden soll; daß also im Falle der Zerstörung oder Verschwendung des Geschenkes schon vor diesem Zeitpunkte jede Klage hinwegfalle[184]). Anwendung dieser Lehre findet sich auf einzelne Fälle[185]). Dieses neue mildere aus dem Senatsschlusse fließende Recht führte die Compilatoren der Digesten nothwendig dazu, daß sie von der Aufnahme in die Digesten solche Stellen ausschlossen, in welchen die

180) L. 65. §. 8. L. 26. §. 12. D. (12. 6.)

181) So bei wissentlicher Zerstörung oder bei Veräußerung die ad exhibendum actio oder rei vindicatio, als gegen einen solchen, qui dolo fecit, quo minus exhiberet oder quo minus possideret; ferner die Aquilische Klage, wenn die geschenkte Sache zerstört oder beschädigt wurde, wobei aber auch culpa mit in Frage kam.

182) L. 32. pr. §. 1. 2. D. (24. 1.)

183) L. 32. §. 9. D. (24. 1.)

184) L. 5. §. 18. L. 7. pr. L. 28. pr. L. 32. §. 9. D. (24. 1.) L. 8. 17. C. (V. 16.)

185) So auf den Fall der weiteren Verschenkung des geschenkten Geldes und der Ausleihung desselben an einen zahlungsunfähigen Schuldner. L. 5. §. 17. L. 16. D. (24. 1.)

von den früheren Juristen ohne Zweifel aufgestellten strengeren Grundsätze über die Anwendung der Condiction vorgetragen waren; die dennoch in die Digesten übergegangenen Stellen älterer Juristen, welche Anwendungen der strengeren Grundsätze der früheren Zeit enthalten[186]), können wegen ihres offenbaren Widerspruches mit dem Senatsschlusse nur durch Versehen der Compilatoren aufgenommen sein, welche den Widerspruch deshalb übersahen, weil diese Stellen nicht von der hier häufigeren Condiction sprechen, sondern von anderen seltener hier vorkommenden Klagen, von der actio ad exhibendum und von der Aquilischen Klage. — Besteht der Untergang des geschenkten Rechtes in einer bloßen Verwandlung desselben in ein anderes Recht, so ist die Bereicherung in der That eine fortdauernde[187]) und die Eigenschaft der Schenkung geht auf das neu erworbene Recht über. Fälle dieser Art sind, wenn der Ehegatte das geschenkte Geld zur Bezahlung einer Schuld verwendet[188]); wenn er das Geld einem Dritten als Darlehen vorstreckt, wo aber die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Bereicherung wieder aufhebt, so daß der Beschenkte nichts zurückzugeben hat; wenn der beschenkte Ehegatte die geschenkte Sache verkauft oder das geschenkte Geld zum Ankaufe einer Sache verwendet, welchenfalls in dem Kaufpreise bezüglich in der erkauften Sache die Bereicherung fortdauert[189]). Geht die erkaufte Sache wiederum unter, so fällt nach den vorher aufgestellten Grundsätzen jeder Anspruch an den Beschenkten weg, der Untergang mag im bloßen Zufall oder in dem Willen des Beschenkten seinen Ursprung haben[190]). Dasselbe gilt, wenn die erkaufte Sache wieder verkauft und aus dem Erlös eine andere angeschafft worden ist; die Meinung einiger Juristen, daß nach diesem mehrmaligen Umtausche der Anspruch auf Rückgabe selbst durch zufälligen Untergang nicht in Wegfall komme, erhielt keinen Beifall[191]). Nur in Einem Falle hebt der Untergang der erkauften Sache die Bereicherung nicht auf; wenn nämlich die erkaufte Sache eine so unent-

186) Solche Stellen sind L. 14. D. (10. 4.) L. 37. D. (24. 1.) erstere von Pomponius, letztere von Julian. Vgl. über beide Savigny a. a. O. §. 150, N. t. u., S. 67 flg.

187) L. 32. §. 9. D. (24. 1.)

188) L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. (24. 1.)

189) L. 7. §. 3. L. 28. §. 3. 4. D. (24. 1.) L. 9. C. (V. 16.) Ist der Werth der gekauften Sache höher als die geschenkte Geldsumme, so kann nur der Betrag letzterer zurückgefordert werden; ist der Werth niedriger als die geschenkte Summe, so kann nur der niedrigere Werth gefordert werden, weil der Mehrbetrag der geschenkten Summe in einer theilweisen Verschwendung derselben untergegangen ist, welche von aller Rückgabe befreit.

190) L. 28. §. 3. L. 50. §. 1. D. (24. 1.) Obwohl in letzterer Stelle, welche von Javolenus herrührt, also der Zeit vor der oratio Antonini angehört, vom zufälligen Untergange die Rede ist, nicht von der Consumtion, so erlischt doch unzweifelhaft nach dem Senatsschlusse jeder Anspruch auf Rückgabe durch Consumtion der erkauften Sache, wie bei dem ursprünglichen Geschenk.

191) L. 29. pr. D. (24. 1.)

behrliche war, daß der Käufer, wenn er das geschenkte Geld nicht gehabt hätte, solche mit eigenem Gelde hätte anschaffen müssen, was er folglich nun erspart hat[192]). — Diese Grundsätze von der Nothwendigkeit fortdauernder Bereicherung des Beschenkten, wenn er wegen der Rückgabe haften soll, sind auch auf den Fall des Widerrufes wegen mangelnder Insinuation und aus besonderen Gründen, z. B. wegen Undankbarkeit, anwendbar[193]). Es findet also, wenn das Geschenk infolge des eigenen Willens des Gebers oder durch Zufall untergegangen ist, kein Anspruch auf Ersatz des Untergegangenen statt. Bei der Consumtion müßte nach strengem Rechte, wenn der Empfänger eine mehr als 500 solidi betragende ohne Insinuation geschenkte Summe weiter verschenkt oder verschwendet, derselbe wegen der Rückgabe des Mehrbetrages je nach der Wahl des Gebers mit einer Condiction, der actio ad exhibendum und der Vindication haften, weil er unredlicher Besitzer des Mehrbetrages ist und also noch jetzt fingirter Besitzer ist. Ebenso müßte, wenn eine Sache von höherem Werthe als 500 solidi ohne Insinuation geschenkt ist, im Falle des durch Unvorsichtigkeit des Empfängers herbeigeführten Unterganges der Sache der Empfänger nach strengem Rechte für den Ersatz des Werthes, soweit er 500 solidi übersteigt, mit der Aquilischen Klage haften. Die Vorschrift des Senatsschlusses, welche in diesen Fällen den beschenkten Ehegatten schützte, ist ebenso auf den Fall mangelnder Insinuation anzuwenden, hauptsächlich aus dem von jenem Senatsschlusse unabhängigen Grunde, worauf derselbe eigentlich beruhen mag, daß bis zum Widerruf die Verschwendung des Empfängers durch den fortdauernden Willen des Gebers gerechtfertigt ist, was den dolus des Verschwenders, mithin auch die Condiction ausschließt. Derselbe Schutz muß dem Empfänger, welcher das Geschenk verschwendet hat, gegen den Widerruf des Undankes zu Theil werden. Denn vor der begangenen Undankbarkeit war der Beschenkte selbst Eigenthümer des Geschenkes und kann mithin für das, was er in dieser Zeit weggegeben oder zerstört hat, zu keinem Ersatz verpflichtet sein; hat er nach der undankbaren Handlung das Geschenk weggegeben, so ist dieses eine unredliche Handlung und die Condiction auf den Werth gegen ihn statthaft, während es die übrigen Klagen nicht sind, weil sie fremdes Eigenthum voraussetzen, welches auch nach der begangenen Undankbarkeit der Schenker nicht hat. Ist das Geschenk durch Umtausch verwandelt, so restituirt der Empfänger im Falle der versäumten Insinuation das, was er von dem ungiltigen Theile des

192) Vgl. L. 47. §. 1. D. (46. 3.), welche auf die Schenkung anwendbar ist, weil die Bereicherung des Pupillen, welche dort gefordert wird, mit der bei Schenkungen auf Eins hinauskommt. Wegen des Begriffes der necessaria res s. L. 6. D. (34. 1.) L. 65. §. 6. D. (12. 6.) Vgl. Savigny a. a. O. S. 72, N. g.

193) Vgl. Savigny a. a. O. S. 74—77, welcher dies ausführlicher zeigt.

Geschenkes als Bereicherung noch hat, nicht den durch seine willkürliche Handlung entstandenen Verlust. Ebenso haftet der Undankbare nur für Herausgabe der vorhandenen Bereicherung, der Umtausch mag von ihm vor oder nach der begangenen Undankbarkeit vorgenommen sein[194]; für den Verlust durch nachtheiligen Verkauf haftet er nur, wenn dieser Verkauf nach der undankbaren Handlung geschah, weil er erst von dieser Zeit an unredlicher Besitzer ist. — Die allgemeine Bedingung des Schenkungsverbotes in der Ehe ist, daß die Schenkung unter Ehegatten, also während einer bestehenden Ehe, vorgenommen werde. Daher findet das Verbot keine Anwendung: 1) wenn das Verhältniß zwischen Geber und Empfänger keine Ehe ist, sondern ein geschlechtliches Verhältniß niederer Art[195]. Auch bei vermeintlichen Ehen müßte eigentlich das Verbot wegfallen. Allein in der Anwendung wird unterschieden, ob das Ehehinderniß in einem eigentlichen Verbote seinen Grund hat oder nicht. Im letzteren Falle z. B., wenn das Ehehinderniß auf unreifem Alter beruht, ist die Schenkung wegen Nichtigkeit einer solchen Ehe in der Regel giltig[196]; ausnahmsweise ist sie ungiltig, wenn die vermeintlichen Ehegatten sich in Unwissenheit über das Ehehinderniß befanden, nicht aber wegen des Schenkungsverbotes, sondern weil das Gegebene nicht als reine Schenkung, sondern als eine Art von datum ob causam gilt, welches wegen der irrigen causa zurückgefordert werden kann[197]. Im ersten Falle, wenn das Ehehinderniß in einem eigentlichen Verbote seinen Grund hat, ist das Schenkungsverbot, welches nur für wahre Ehen gilt, unanwendbar; allein es gilt als unwürdig, daß eine Schenkung bei verbotenen Ehen wirksamer sein solle als bei giltigen[198], daher das Geschenk hier stets zurückgefordert werden kann. Fällt nun dem Geber, welcher das Geschenk zurückfordert, in Bezug auf das vorhandene Verbot keine Schuld zur Last, so behält er das zurückgegebene Geschenk ebenso als wäre die Ehe giltig und die Schenkung nichtig gewesen[199]; fällt ihm eine Schuld in der gedachten Beziehung zur Last, so wird das Geschenk ebenfalls zurückgefordert; jedoch tritt der Fiscus diesfalls an die Stelle des Schuldigen[200]. Das Schenkungsverbot ist nicht anwendbar 2) auf Schenkungen, welche vor dem Anfange der Ehe oder nach der Ehescheidung geschehen. Die im Gegensatze der Schenkung unter Ehegatten sogenannte donatio ante

194) Die in L. 7. C. de revoc. donat. (VIII. 54. (55.)) in dem Falle, wenn der Beschenkte vor erhobener Klage verschenkt oder verkauft, versagte Rückforderung bezieht sich nicht auf den eingenommenen Kaufpreis, sondern nur auf den die Sache selbst betreffenden Anspruch gegen den dritten Erwerber. Savigny a. a. O. §. 153, N. m., S. 76 flg.

195) L. 3. §. 1. L. 59. pr. §. 1. D. (24. 1.) L. 5. 31. pr. D. (39. 5.)

196) L. 65. D. (24. 1.)

197) L. 32. §. 27. fin. D. (24. 1.)

198) L. 3. §. 1. D. (24. 1.)

199) L. 7. C. (V. 16.) L. 128. D. (30.)

200) L. 32. §. 28. D. (24. 1.)

nuptias, womit anfangs alle Schenkungen vor der Ehe bezeichnet wurden, ist zuletzt in die donatio propter nuptias umgestaltet worden und hat in dieser Gestalt den Charakter einer Schenkung verloren; der ursprüngliche Satz aber, daß Schenkungen vor der Ehe unter den künftigen Ehegatten dem Verbote nicht unterliegen, hat sich daneben immer erhalten. Fällt die Schenkung dergestalt in verschiedene Zeitpunkte, daß sie in dem einen juristisch begründet wird, in dem anderen erfüllt werden soll, so ist, wenn der erste Zeitpunkt vor der Ehe, der zweite in die Ehe fällt, das Schenkungsverbot anwendbar[201]); dagegen ist es nicht anwendbar, wenn der erste Zeitpunkt in die Ehe fällt, die Wirksamkeit aber nach Auflösung der Ehe eintreten soll. Daher sind unter Ehegatten mortis causa donationes erlaubt[202]), ebenso auch Schenkungen für den Fall einer wirklich bevorstehenden Scheidung[203]); es wird aber vorausgesetzt, daß die Schenkung auch wirklich erfolgt. Nach den Grundsätzen des Kirchenrechtes, sowohl des katholischen als des protestantischen, muß eine Schenkung, welche divortii causa geschieht, für ungiltig geachtet werden, gleichwie jede andere Schenkung unter Ehegatten. Die Zulässigkeit der Schenkung unter Ehegatten divortii causa hängt mit der bei den Römern zulässigen Willkür der Ehescheidungen zusammen und ist nur aus dieser zu erklären. Da die Ehescheidung selbst zu der Zeit, wo die Digesten publicirt wurden, noch nicht beschränkt war, indem die für den an der Trennung schuldigen Theil festgesetzten Strafen die Ehescheidung für denjenigen nicht behinderte, welcher sich diese Vermögensnachtheile gefallen lassen wollte, auch der Unterschied bestand zwischen Ehescheidungen, welche mit beiderseitiger Uebereinkunft geschehen, zur Zeit der Publication der Digesten ganz unbeschränkt waren, weder eine Förmlichkeit, noch eine bestimmte Ursache erforderten[204]), und einseitiger Trennung (repudium), welche eben nur für den schuldigen Theil gewisse Vermögensnachtheile zur Folge hatte, so müssen die in den Digesten enthaltenen Bestimmungen über die Zulässigkeit der donatio divortii causa aus dem zur Zeit der Publication der Digesten geltenden Rechte, also daraus, daß man die Ehescheidung im allgemeinen als etwas Erlaubtes ansah, erklärt werden. In der neuesten Gesetzgebung Justinian's, welche mehrfach gewechselt hat, deren letztes Resultat aber darin besteht, daß die Trennung mit beiderseitiger Uebereinkunft nur in dem Falle, wenn der eine Ehegatte in ein Kloster gehen will, zulässig

201) L. 32. §. 22. D. (24. 1.)

202) L. 9. §. 2. L. 10. 11. pr. D. (24. 1.) Das Eigenthum geht aber erst mit dem früheren Tode des Gebers auf den beschenkten Ehegatten über, während sonst bei Schenkungen todeshalber das Eigenthum gewöhnlich sofort übergeht.

203) L. 11. §. 11. L. 12. 60. §. 1. L. 61. 62. pr. D. (24. 1.) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. XXVI, S. 70 flg.

204) L. 9. C. (V. 17.)

sein[205]), die Scheidungen bona gratia nur noch wegen Impotenz, Eintritt in ein Kloster oder wegen Gefangenschaft stattfinden[206]), endlich einseitige Trennungen nur aus gewissen durch das Gesetz näher bestimmten Ursachen gestattet sein sollen[207]), ist nun zwar die Absicht, die Freiheit der Ehescheidungen zu beschränken, unverkennbar; allein ein odium divortii läßt sich daraus nicht entnehmen, indem selbst bei einseitiger Trennung aus ungerechtfertigten Gründen immer nur Vermögensnachtheile gegen den schuldigen Theil eintreten[208]), ein Zwang zur Fortsetzung der Ehe aber unter allen Umständen nicht stattfindet. Selbst aus dem Standpunkte des Novellenrechtes ist daher kein Grund, an der Giltigkeit einer divortii causa geschehenen Schenkung unter Ehegatten zu zweifeln. Allein nach den Grundsätzen des Kirchenrechtes kommt man zu dem entgegengesetzten Resultate. In der christlichen Kirche ist die Ehescheidung von jeher mit Ungunst angesehen worden und selbst die neueste Gesetzgebung Justinian's giebt Zeugniß dafür. Im weiteren Verlaufe der Zeiten machte sich in der Kirche der spirituelle Charakter der Ehe immer mehr geltend, was in der katholischen Kirche zu der Lehre vom Sacramente der Ehe und zur Unauflöslichkeit derselben, in der protestantischen dazu geführt hat, daß man die Ehescheidung zwar zuließ, aber nur aus gerechten Gründen und nach vorgängiger förmlicher Klage durch richterliches Erkenntniß; daher weder eine Scheidung durch beiderseitige Uebereinkunft, noch bona gratia, noch einseitige Trennung statthaft ist. In der katholischen Kirche ist eine Schenkung divortii causa geradezu als nichtig zu betrachten, weil die Ehe dort unauflöslich und eine Trennung des Ehebandes unzulässig ist, auch die dort die Ehescheidung vertretende beständige Trennung von Tisch und Bett das Eheband nicht aufhebt, sondern die Ehe ungeachtet der Trennung der Ehegatten fortbesteht, eine solche Schenkung also nie einen Effect haben kann, auch als ex iniusta causa geschehen zu betrachten ist, weil sie mit der Sacramentseigenschaft und der daraus herrührenden Unauflöslichkeit der Ehe in directem Widerspruche steht. Aber auch nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechtes ist eine Schenkung divortii causa als etwas Unsittliches und daher ungiltig zu betrachten, weil dasselbe die Ehescheidung möglichst erschwert und vielmehr die Fortsetzung der einmal geschlossenen Ehe als deren Trennung dem Zwecke der Kirche entsprechend findet. Es würde in einer solchen Schenkung, welche der auf Ehescheidung klagende Theil machte, sogar eine Wiederaussöhnung mit dem anderen Theile und daher ein Verzicht auf das Klagrecht zu finden sein. — Das Verbot beschränkt sich nicht blos auf die Schenkung eines Ehegatten

---

205) Nov. 117. c. 10.
206) Nov. 117. c. 11. 12.
207) Nov. 117. c. 8. 9.
208) Nov. 117. c. 13.

unmittelbar an den anderen, sondern begreift zugleich alle diejenigen Personen, mit welchen die Ehegatten in Vermögenseinheit stehen. Der Ehemann kann nicht schenken dem Vater der Frau, in dessen Gewalt sie sich befindet, ihren mit ihr unter derselben väterlichen Gewalt stehenden Geschwistern; ebenso kann die Ehefrau nicht schenken dem Vater und den Geschwistern des Mannes, auch nicht ihren eigenen Kindern, so lange sie sich in des Mannes Gewalt befinden. Auch sind wechselseitige Schenkungen unter den genannten Personen verboten[209]). Da aber das Verbot der Schenkung an diese Personen einmal darauf beruht, daß nach älterem römischen Rechte Kinder dem Vater erwarben, was im neuesten römischen Rechte sehr beschränkt ist und dann darauf, daß nach römischem Rechte die väterliche Gewalt auch über verheurathete Kinder fortdauert, so erleidet das Verbot gegenwärtig bedeutende Modificationen. In ersterer Beziehung sind Schenkungen der Ehefrau an das in der väterlichen Gewalt des Mannes befindliche Kind nicht mehr mittelbare Schenkungen an den Mann, außer insofern dieser den Nießbrauch erwirbt; daher würde nur dieser Nießbrauch als Schenkung zu betrachten sein, infolge des Schenkungsverbotes aber nicht gelten, sondern sich das Geschenk von selbst in ein sog. peculium adventitium extraordinarium verwandeln, mithin das Geschenk volles Eigenthum des Kindes sein. Ebenso würde das den mit dem Ehemann unter derselben väterlichen Gewalt befindlichen Brüdern von der Ehefrau Geschenkte peculium adventitium extraordinarium werden. In letzterer Beziehung kommt es darauf an, inwieweit nach heutigem Rechte eine Fortdauer der väterlichen Gewalt über verheurathete Kinder noch angenommen werden kann. Daß durch Verheurathung der Töchter die väterliche Gewalt über die heurathende Tochter aufgehoben werde, ist unbestritten[210]). Der Grund davon liegt da, wo die eheliche Vormundschaft des Mannes gilt, was in den Ländern gemeinen sächsischen Rechtes und dort, wo Gütergemeinschaft unter Ehegatten gilt, der Fall ist, indem auch bei der letzteren der Ehemann als ehelicher Vormund das gemeinschaftliche Vermögen nach außen vertritt, in der Unverträglichkeit der ehelichen Vormundschaft mit der väterlichen Gewalt; außerdem im teutschen Gewohnheitsrechte[211]). Hinsichtlich der Söhne ist es bestritten, ob die väterliche Gewalt durch deren Verheurathung erlösche, außer wenn die Anstellung eines eigenen Haushaltes hinzutritt, welchenfalls die Aufhebung der Gewalt durch diese bewirkt wird[212]). Wo die väterliche Gewalt durch die Verheurathung erlischt, kann von einer Ausdehnung des Schenkungsverbotes auf Eltern und Geschwister nicht

---

209) L. 3. §. 2—6. L. 32. §. 16. D. (24. 1.). Fragm. Vat. §. 269.

210) Anstatt aller anderen Autoritäten genügt die Beziehung auf Kraut, Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes Bd. II, S. 644.

211) Kraut a. a. O. S. 662.

212) Kraut a. a. O. S. 644—658, 662 flg.

mehr die Rede sein[213]). — Die allgemeine Wirkung des Schenkungsverbotes ist Nichtigkeit der Handlung, welche zur Vollziehung einer solchen untersagten Schenkung dient; sie wird als nicht geschehen betrachtet[214]). Durch die Tradition wird also in diesem Falle kein Eigenthum übertragen[215]); sie begründet, wenn der Geber selbst nicht Eigenthümer war, keinen Usucapionstitel[216]). Ist die Tradition Folge eines negotium mixtum cum donatione, so daß sie nur theilweise Schenkung ist, so entsteht dadurch nur getheiltes Eigenthum[217]). Eine durch Schenkung übernommene Obligation ist nichtig; eine aus dieser Obligation geleistete Zahlung würde eigentlich nicht als Schenkung, sondern als Bezahlung einer Schuld zu betrachten sein; da aber die Schuld nichtig ist, so ist die Zahlung derselben doch wieder eine neue Schenkung und daher ebenfalls nichtig. Ein Erlaßvertrag, in welchem die Schenkung besteht, gilt nicht als geschlossen, die Schenkung dauert fort[218]). Die Ungiltigkeit der Schenkungen zeigt sich gleichmäßig, es mag der Mann oder die Frau der schenkende Theil sein. Doch ist der Einfluß des Verbotes durchgreifender auf Seiten des Mannes als Schenkgebers, indem Alles, was der Mann der Frau unentgeltlich giebt, von selbst die Natur einer Schenkung hat und daher nichtig ist, während die Frau stets ihr ganzes Vermögen unentgeltlich dem Manne überlassen kann; was vollkommen giltig ist, sofern es nur dotis causa geschieht, obwohl auch an einer dos omnium bonorum der Mann sofort Eigenthum und Fruchtgenuß, also zunächst die nämlichen Rechte erwirbt, die er durch eine Schenkung erlangen könnte, so daß der Unterschied nur darin besteht, daß die dos stets an die Ehefrau oder deren Erben zurückfällt. Auch wenn zu der Schenkung unter Ehegatten Rechtsgeschäfte mit fremden Personen gebraucht werden, so fragt es sich, ob auch diese Rechtsgeschäfte nichtig sind, obwohl jene dritten Personen weder als Schenker noch als Beschenkte angesehen werden können. Im allgemeinen ist auch hier Nichtigkeit anzunehmen[219]). Die Nichtigkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes wird als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen[220]). Anwendungen finden sich folgende. Eine von dem Ehemanne, um der Frau zu schenken, bei dem Gläubiger derselben geschehene Expromission ist nichtig; der Mann wird dem Gläubiger nicht verbindlich, die Frau wird nicht liberirt; Alles bleibt in dem früheren Zustande[221]). Wenn das Geschenk in einer verschafften

213) Savigny a. a. O. S. 172, N. o.
214) L. 3. §. 10. L. 52. §. 1. D. (24. 1.)
215) L. 3. §. 10. D. (24. 1.)
216) L. 1. §. 2. D. (41. 6.)
217) L. 31. §. 3. D. (24. 1.)
218) L. 3. §. 10. D. (24. 1.) Dort ist von der Acceptilation die Rede.
219) Vgl. darüber die ausführlichere Erörterung von Savigny, System Bd. IV, S. 587.
220) L. 5. §. 2. D. (24. 1.)
221) L. 5. §. 4. D. (24. 1.)

Schuldforderung besteht, d. h. wenn der Mann seinen Schuldner beauftragt, seiner Frau zu expromittiren, so tritt weder Befreiung des Schuldners gegen den Mann, noch Verpflichtung desselben gegen die Frau ein[222]). Hier tritt auch folgende Abweichung von den sonst bei Zahlungen aus nichtigen Geschäften aus Irrthum geltenden Regeln ein. Während nämlich eine Zahlung, welche in anderen Fällen eines nichtigen Geschäftes aus Irrthum geleistet wird, an sich giltig ist, das Eigenthum des gezahlten Geldes auf den Empfänger übergeht und dem Zahlenden nur die condictio indebiti auf Rückgabe einer gleichen Summe zusteht[223]), ist eine von dem vom Manne donationis causa delegirten Schuldner an die Frau geleistete Zahlung nichtig; dem Schuldner steht die Vindication des gezahlten noch vorräthigen Geldes und die Condiction des consumirten zu; die Zahlung liberirt ihn gegen den Mann ipso iure ebensowenig als die vorherige Expromission; da er aber mit dem Willen des Mannes gezahlt hat, so steht ihm gegen die Schuldklage desselben eine doli exceptio zu; er muß aber dem Manne seine Vindication des vorräthigen Geldes cediren, während der Mann die Condiction auch ohne Cession des Schuldners unmittelbar gegen die Frau hat, weil sie um das consumirte (nicht etwa weiter verschenkte oder verschwendete) Geld durch Vermittelung des Mannes bereichert ist[224]). Dasselbe, was von der Zahlung aus der nichtiger Weise übernommenen Schuld gesagt ist, gilt auch in dem vorher erwähnten Falle, wo die Schenkung in der Liberation der Frau bestehen sollte. Beauftragt der Mann seinen Schuldner, die Schuld an die Frau, welche dadurch beschenkt werden soll, zu zahlen, so müßte eigentlich dasselbe gelten, der Schuldner nämlich verbindlich bleiben und das gezahlte Geld bei der Frau vindiciren; infolge der freieren Entwickelung der Lehre vom Besitze wird jedoch die Sache so angesehen, als habe der Schuldner das Geld an den Mann und dieser an die Frau gegeben; es wird daher der Schuldner befreit, und dem Manne stehen die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen die Frau zu[225]). Dasselbe gilt, wenn der Mann nicht seinen Schuldner, sondern denjenigen, welcher ihn beschenken will, mit der Zahlung an die Frau beauftragt; der Mann wird Eigenthümer und fordert die Sache von der Frau zurück[226]). Ebenso wenn der Dritte weder zur Bezahlung einer Schuld, noch in der Absicht, den Mann zu beschenken, sondern nur in Gemäßheit eines vom Manne ertheilten Auftrages der Frau tradirt[227]). Dasselbe tritt ein, wenn der Mann, um der Frau zu schenken, ihren Gläubiger bezahlt. Obwohl auch hier

---

222) L. 5. §. 3. L. 39. D. (24. 1.)
223) L. 23. pr. §. 1. 2. L. 41. D. (12. 6.)
224) L. 39. D. (24. 1.)
225) L. 3. §. 12. D. (24. 1.)
226) L. 3. §. 13. L. 4. D. (24. 1.)
227) L. 52. §. 1. D. (24. 1.)

nach den strengen Grundsätzen des älteren Rechtes dies als nicht geschehen zu betrachten wäre, die Frau verpflichtet bliebe und der Mann das vorhandene Geld vindiciren, das consumirte condiciren könnte, gilt infolge der freieren Entwickelung der Besitzlehre das Geld als von dem Manne der Frau, als von der Frau ihrem Gläubiger gegeben; die Frau hat Besitz nicht Eigenthum am Gelde erworben; sie hat ihren Gläubiger mit fremdem Gelde bezahlt, welche Zahlung, wenn sie auch zunächst ungiltig ist, doch durch die Consumtion giltig wird[228]). Daher steht dem Manne die Vindication des bei dem Gläubiger noch in specie vorhandenen Geldes zu; ist es ausgegeben, so tritt Befreiung der Frau von der Schuld ein, und dem Manne steht nun gegen sie die gewöhnliche Condiction zu, wie aus jeder anderen Bereicherung[229]). — Was die Rechtsmittel betrifft, wodurch die Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten geltend gemacht wird, so bedarf es solcher in vielen Fällen gar nicht, indem z. B. bei dem Schenkungsversprechen sowie bei dem Erlaßvertrage (Acceptilation) schon die bloße Nichtigkeit an sich hinreichend ist, da aus dem Versprechen keine Verpflichtung entsteht, der Erlaßvertrag die ursprüngliche Obligation nicht aufhebt oder schwächt. Besondere Rechtsmittel sind nur zur Aufhebung der Folgen der zum Nachtheil des Schenkers bereits eingetretenen Veränderungen nöthig. Diese Rechtsmittel sind die Vindication gegen jeden dritten Besitzer, so lange die geschenkte Sache noch vorhanden ist,

---

228) L. 17. D. (46. 3.) L. 19. §. 1. D. (12. 1.)

229) Die mit den aufgestellten Regeln in Widerspruch stehende L. 38. §. 1. D. (46. 3.) von Africanus, nach welcher der Schuldner des Mannes, welcher in dessen Auftrag an die Frau zahlt, dadurch gegen den Mann nicht frei wird, sondern nur gegen die Frau eine Condiction (des consumirten Geldes) hat und nur durch Cession dieser Klage an den Mann auch gegen diesen frei wird, also nur per exceptionem, ist daraus zu erklären, daß Africanus dem sog. constitutum possessorium einen weniger ausgedehnten Einfluß zuschreibt, als Celsus, Julian und Ulpian, nach deren Ansicht der zahlende Schuldner unsichtbarer Weise Besitz und Eigenthum des Geldes auf den Mann bringt und dadurch sofort ganz aus allem Rechtsverhältnisse heraustritt. Dieselbe beschränktere Auffassung des erstgedachten Juristen findet sich bei einer anderen Rechtsfrage in L. 34. pr. D. (17. 1.), während Ulpian auch in dieser eine freiere Ansicht hat. L. 15. D. (12. 1.) Unbedenklich läßt sich aber die neueste und freieste Entwickelung des sog. constitutum possessorium als das eigentliche Resultat, mithin als der letzte Ausspruch der ganzen Gesetzgebung ansehen, es möge nun die Aufnahme älterer und beschränkterer Ansichten in einem Versehen der Compilatoren ihren Grund haben oder aus der Absicht hervorgegangen sein, eine Darstellung der historischen Entwickelung des sog. constitutum possessorium zu geben. Gegen die Annahme, daß die neueste und freieste Entwickelung dieses Rechtsinstitutes als das eigentliche Resultat anzusehen sei, könnte eingewendet werden, daß Celsus und Julian, welche die freiere Ansicht hatten, im Alter dem Africanus vorgehen. Allein die Meinungen sind nie immer zu derselben Zeit dieselben, und die anfangs vertheidigte und angefochtene freiere Anschauung erlangt oft erst nach längerer Zeit allgemeine Anerkennung. Savigny a. a. O. S. 592—596.

so daß der Geber blos den Besitz nicht hat; und eine Condiction, wenn der Empfänger die Sache selbst nicht mehr besitzt, wohl aber der Werth derselben sich bei ihm vorfindet[230]). Bei der Vindication fällt die sonst stattfindende Beschränkung hinsichtlich des tignum iunctum weg, indem der Schenker geschenktes Baumaterial, welches sich auf einem Grundstücke des Beschenkten verbaut findet, gegen die sonstige Regel, soweit es ohne Beschädigung geschehen kann, herausnehmen darf, wogegen auch die actio tigni iuncti in Wegfall kommt[231]). Die Condiction ist die condictio sine causa oder auch die condictio ex iniusta causa[232]); beide Benennungen sind gleichmäßig anwendbar, weil die thatsächlich vorhandene donationis causa mit einem absoluten gesetzlichen Verbote in Widerspruch steht (iniusta causa) und daher juristisch nicht existirt (sine causa). Die Condiction geht auf Herausgabe der im Vermögen des Beschenkten fortwährend vorhandenen Bereicherung[233]). Bei Streitigkeiten über das Dasein oder den Umfang der fortwährenden Bereicherung liegt die Beweislast dem Beklagten ob, weil die ursprüngliche Bereicherung stets unzweifelhaft ist, der Beklagte aber deren Aufhebung oder Verminderung durch eine spätere Thatsache behauptet, deren Beweis daher ihm obliegt. Inwiefern die Klage auch mit auf die Früchte der geschenkten Sache gerichtet werden könne, war selbst unter den römischen Juristen bestritten[234]). Bei Zurückforderung eines unter Ehegatten verschenkten Landgutes schließt Ulpian mit Berufung auf Julian die Herausgabe der vom Beschenkten gezogenen Früchte, um welche er jetzt noch reicher ist, aus[235]); Pomponius hingegen schließt die Herausgabe blos für die durch Cultur erzeugten Früchte aus, wogegen er sie für die von selbst entstehenden Früchte bejaht[236]); Marcellus endlich nimmt geradezu an, daß bei dem an

230) L. 5. §. 18. L. 36. pr. D. (24. 1.) L. un. §. 5. C. (V. 13.)
231) L. 45. 63. D. (24. 1.) L. 43. §. 1. D. (30.)
232) L. 6. D. (24. 1.)
233) L. 5. §. 18. D. (24. 1.)
234) Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 42—47.
235) L. 17. pr. D. (24. 1.)
236) L. 45. D. (22. 1.) Der Versuch, beide Stellen auf die Art zu vereinigen, daß die zweite als genauere Bestimmung der ersten angesehen und dadurch alle Entscheidung in die zweite gelegt würde, würde die Schwierigkeit nur scheinbar beseitigen, weil 1) die Unterscheidung jener zwei Arten der Früchte theils schwankend und unbestimmt, theils ohne Grund ist, in Betracht, daß die durch Cultur erzeugten Früchte nach Abzug der Culturkosten doch immer einen reinen Gewinn darstellen; 2) es damit, daß die Ueberlassung des bloßen Fruchtgenusses als reine Schenkung gilt und daher unter das Schenkungsverbot fällt (L. 9. §. 1. D. (39. 5.), in Widerspruch steht; 3) die Rückgabe der dos während der Ehe von Seiten des Mannes an die Frau als ungiltige Schenkung angesehen wird und daher die ganze dos, also auch die darin begriffenen Grundstücke, mit allen Früchten der Zwischenzeit, an den Mann zurückzugeben ist (L. un. C. (V. 19.) Nov. 22. c. 39.), was noch vielmehr von den eigenen Grundstücken des Mannes gelten muß.

einen Ehegatten geschenkten Eigenthum eines Landgutes auch die Früchte mit unter die Schenkung fallen und von deren Ungiltigkeit ebenso wie die Hauptsache betroffen werden[237]. Wahrscheinlich haben sich die beiden Ersteren durch die täuschende Aehnlichkeit der Früchte mit den Geldzinsen, hinsichtlich welcher besondere Grundsätze gelten, täuschen lassen, und dann kann nur die Meinung des Marcellus als die consequenteste angenommen werden. Nach ganz gleichen Grundsätzen wie die Feldfrüchte, sind Miethgelder eines unter Ehegatten verschenkten Hauses zu beurtheilen, theils wegen ihrer Gleichartigkeit, theils wegen ausdrücklicher Gleichstellung beider bei den Schenkungen[238]. Dagegen können bei unter Ehegatten geschenkten baaren Geldsummen, welche zurückgefordert werden, keine Zinsen verlangt werden[239], wovon der Grund darin liegt, daß die zinsbare Anlegung von Geld aus mancherlei Gründen unterlassen werden kann, wogegen die gänzliche Unterlassung der Benutzung eines Grundstückes, sei es durch eigenen Gebrauch oder durch Verpachtung oder Vermiethung, ganz ungewöhnlich ist und wenn sie vorkommt, nur als schlechte Wirthschaft erklärt werden kann. Die Klage findet unter den Ehegatten selbst statt, wenn nur unter ihnen die Schenkung vorgekommen war; war sie zwischen anderen Personen vorgekommen, durch deren persönliches Verhältniß zu den Ehegatten sie unzulässig wird, so gilt die Klage zwischen dem Geber und dem Empfänger[240]. Ist das geschenkte Geld zum Ankauf einer noch vorräthigen Sache verwendet, der Beschenkte aber zahlungsunfähig geworden, so findet zum Zwecke der Abforderung der gekauften Sache eine utilis vindicatio statt[241]. Die im älteren Rechte dem Manne wegen der der Frau gemachten Geschenke zustehende retentio ex dote[242] ist im neuesten Rechte aufgehoben[243]. — Ausnahmen von dem Schenkungsverbote machen folgende Fälle, in welchen die Schenkung entweder gleich anfangs giltig ist oder durch spätere Thatsachen

---

237) L. 49. D. (24. 1.)

238) L. 11. D. (39. 5.)

239) L. 7. §. 3. fin. L. 15. §. 1. L. 16. 17. pr. D. (24. 1.) Nur in dem Falle ist eine Ausnahme zu machen, wenn dem Manne eine dos in baarem Gelde gegeben ist und er der Frau später eine Geldsumme schenkt; diese darin in der That liegende, entweder gänzliche oder partielle, Rückgabe der dos kann stets als ungiltige Schenkung mit allen ihren Folgen angefochten und aufgehoben werden, so daß hier die Geldzinsen ganz die Natur anderer Früchte annehmen.

240) L. 32. §. 16. 20. D. (24. 1.)

241) L. 55. fin. D. (24. 1.) Dies ist auch die in L. un. §. 5. C. (V. 13.) erwähnte utilis in rem actio.

242) Ulpian. Fragm. tit. VI. § 9. Tit. VII. §. 1.

243) L. un. §. 5. C. (V. 13.) Nur die retentio pignoris loco ist dadurch aufgehoben; die gewöhnliche Compensation durch Abrechnung von Geld gegen Geld ist dadurch nicht aufgehoben worden.

bestätigt wird[244]): 1) Schenkung zwischen Kaiser und Kaiserin[245]); 2) die Schenkung zum Zwecke des Wiederaufbaues eines abgebrannten Hauses[246]); 3) die Schenkung der Frau an den Mann zum Zwecke der Erlangung gewisser Ehrenrechte[247]); 4) die Schenkung, welche einem zur Deportation verurtheilten Ehegatten gemacht wird oder umgekehrt[248]), eine heutzutage nicht mehr praktische Ausnahme; 5) eine weitere Ausnahme beruht auf einer Art Compensation; hat nämlich der Mann ein Geschenk der Frau verschwendet, so fällt, weil er nicht bereichert ist, jede Rückforderung weg; beschenkt er sie wieder und sie behält das Geschenk, so müßte eigentlich dessen Zurückforderung zulässig sein, weil die Frau durch dasselbe bereichert ist; es wird aber die Zurückforderung durch Compensation mit der gegenseitigen Schenkung ausgeschlossen, obgleich deren Zurückforderung unzulässig war[249]). 6) Die wichtigste Ausnahme beruht auf dem Senatsschlusse vom J. 206, als dessen Urheber bald Sept. Severus genannt wird, als damaliger Hauptkaiser[250]), bald Antoninus Caracalla, welcher als Mitregent den Antrag dazu an den Senat brachte[251]), bald beide Kaiser zusammen[252]), obwohl immer nur derselbe Senatsschluß gemeint ist[253]). Der Senatsschluß erklärt die Schenkung unter Ehegatten für giltig und wirksam, wenn der Schenker in der Ehe stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben. Die Sache wird nun so angesehen, als habe der Schenkgeber eine mortis causa donatio im Sinne gehabt, d. h. in bestimmter Hinsicht auf seinen künftigen Tod in der Ehe geschenkt; eine solche mortis causa donatio war schon früher unter Ehegatten giltig, jedoch so, daß ihre Wirkung erst im Augenblicke des Todes eintrat; und ebenso wurde nun jede, ohne Erwähnung des Todes, geschehene Schenkung unter Ehegatten behandelt, wenn nur der Schenkgeber, ohne seinen Willen geändert zu haben, in der Ehe starb. Diese Bestätigung wird aber unmöglich, wenn die Trennung der Ehe auf andere Weise als durch des Gebers Tod erfolgt, sei es durch den früheren Tod des Empfängers oder durch Scheidung; die Schenkung ist dann nichtig, wie nach dem älteren Rechte, und höchstens ist eine neue

244) Keine Ausnahmen bilden die Schenkung von Sclaven zum Zwecke der Freilassung, weil sie keine wahre Schenkung ist, und die Schenkung mortis causa und divortii causa, weil sie erst nach aufgelöster Ehe giltig und wirksam wird. Hinsichtlich der Ungiltigkeit der Schenkung divortii causa, nach dem heutigen Rechte verweisen wir auf das früher Bemerkte.

245) L. 26. D. (24. 1.)

246) L. 14. D. (24. 1.)

247) Ulpian. Fragm. tit. VII. §. 1. L. 40. 41. 42. D. (24. 1.)

248) L. 13. §. 1. D. 43. D. (24. 1.)

249) L. 7. §. 2. D. (24. 1.)

250) L. 23. D. (24. 1.) L. 10. C. (V. 16.) Fragm. Vat. §. 276.

251) L. 32. pr. §. 1. L. 3. pr. D. (24. 1.)

252) L. 3. C. (V. 16.) Fragm. Vat. §. 294.

253) Vgl. darüber und über diese Ausnahme überhaupt Savigny a. a. O. S. 180—194.

Schenkung möglich[254]). Sterben beide Ehegatten gleichzeitig, so werden ihre wechselseitigen Schenkungen bestätigt[255]). Durch Widerruf des Schenkers vor seinem Tode wird die Bestätigung verhindert. Zum Widerruf ist aber nicht etwa Anstellung einer Klage nothwendig; vielmehr ist dazu jede auch formlose Willenserklärung (poenitentia) hinreichend, die aber auch durch jede neue Willenserklärung entkräftet werden kann, so daß nur der als zuletzt vorhanden erweisliche Wille entscheidet[256]). Stirbt der Geber ohne die Schenkung widerrufen zu haben, so wird sie vom Anfang als giltig betrachtet[257]). Eine seit der Zeit der Glossatoren sehr bestrittene Frage ist, ob die Bestätigung der Schenkung durch den Tod allgemein gelte, ohne Unterschied der Schenkungsmittel, oder sich nur auf die durch Tradition einer Sache bewirkte Schenkung beschränke, also für andere Fälle, namentlich für ein acceptirtes Schenkungsversprechen nicht gelte[258]). Wir müssen uns für die allgemeine Anwendbarkeit entscheiden. Dieselbe ist schon in mehreren Stellen Ulpian's so bestimmt anerkannt, daß sie, wenn auch früher bezweifelt, zu seiner Zeit unbestritten gewesen sein muß[259]); er sagt ausdrücklich, alle Schenkungen, welche nach seiner vorherigen Darstellung, ohne Unterschied, ob sie durch Tradition oder Stipulation oder Acceptilation versucht seien, verboten und nichtig seien, erlangten Giltigkeit durch den Senatsschluß. Unmittelbar darauf erwähnt er die societas und emtio donationis causa contracta[260]), bei welchen nach seiner Ausführung meistens schon die Natur des Geschäftes die Schenkung ungiltig macht, wogegen auch der Senatsschluß nicht schützt; wogegen wo die Natur des Geschäftes nicht im Wege steht, allerdings Bestätigung durch den Senatsschluß eintritt. In der folgenden Stelle[261]) wendet er diese Regeln auf die stipulatio annui unter Ehegatten an, hinsichtlich deren er ebenfalls Bestätigung durch den Senatsschluß annimmt[262]). Nach

---

254) L. 32. §. 10. D. (24. 1.)

255) L. 32. §. 14. D. (24. 1.) L. 8. D. (34. 5.)

256) L. 32. §. 2. 3. 4. D. (24. 1.)

257) L. 25. C. (V. 16.)

258) Die älteren Ansichten darüber s. bei Glück, Erl. der Pand. Bd. XXV, S. 431—435. Bd. XXVI, S. 105—122 und Schulting, notae ad Digesta tit. IV. p. 300—304. Von den Neueren erklären sich gegen die allgemeine Anwendung Wächter, im Archiv für civil. Praxis Bd. XVI, S. 107—124. Francke ebd. Bd. XVII, S. 7, N. 20. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 337 flg. 3. Aufl. Für die allgemeine Anwendung Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. XVI, S. 233—241. Puchta, im Rhein. Museum Bd. VI, S. 370—385. Savigny a. a. O. S. 184—194. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 77, N. 41. Wir folgen der Ausführung von Savigny.

259) L. 32. §. 1. 23. D. (24. 1.) Namentlich die letztere Stelle ist entscheidend.

260) L. 32. §. 23. 24. D. (24. 1.)

261) L. 33. D. (24. 1.)

262) Von den Vertheidigern der beschränkteren Anwendung der Bestätigung durch den Tod wird die erwähnte L. 33. D. (24. 1.) oft als das einzige vorhandene Zeugniß betrachtet und zu erklären versucht, warum gerade bei der stipulatio annui etwas Besonderes gelte.

einem Rescripte von Alexander[263]) wird die Schenkung, welche der Ehemann seiner Frau dadurch machen wollte, daß er in einer während der Ehe ausgestellten Urkunde einen höheren Betrag der dos angab, als er wirklich empfangen hatte, für den Fall des nicht erfolgten Widerrufes durch den Tod bestätigt, vorausgesetzt nur, daß sie durch irgend ein bindendes Rechtsgeschäft perfect geworden sei; daß solches Tradition sein müsse, wird nicht gesagt, sondern es wird nur eine nach allgemeinen Regeln giltige Perfection verlangt, wozu sich die Stipulation vor allem eignete[264]). Diesen Zeugnissen steht eine andere auch von Ulpian herrührende Stelle entgegen[265]), in welcher er die Meinung Papinian's, daß der Senatsschluß sich auf die rerum donatio beschränke, billigt (Papinianus recte putabat), dann aber auch dessen Ansicht über die Nichtbestätigung einer Stipulation durch den Tod referirt, ohne sie zu verwerfen, was er doch nach seinen vorher erwähnten allgemeinen Aussprüchen hätte thun müssen. Weder die gewaltsame Abhilfe durch Ausstreichen des recte ist zu billigen, da sich dieses Wort in allen bekannten Handschriften findet, noch kann man zwei Senatsschlüsse annehmen, von denen der ältere die beschränkte Anwendung geboten habe, wovon Papinian rede, der neuere das Recht weiter ausgedehnt habe, wovon, in den späteren Stellen, Ulpian rede. Wahrscheinlich hat Ulpian selbst der zweiten Behauptung Papinian's einen ausdrücklichen Widerspruch hinzugefügt und diesen haben die Compilatoren, vielleicht veranlaßt durch die alte Vorschrift, welche die Noten des Ulpian und Paulus zu Papinian's Werken für nicht anwendbar erklärte[266]), weggestrichen, indem sie, wenn auch an jene Vorschrift nicht gebunden, doch hier im Geiste derselben zu handeln glaubten, wenn sie einen Tadel Papinian's durch Ulpian strichen. Nach den erwähnten Aussprüchen Ulpian's, wo er entschieden und in vielfachen Anwendungen sich für den ausgedehnten Gebrauch des Senatsschlusses erklärt, bleibt nichts übrig als Ulpian's Relation über Papinian's Ansichten blos als eine historische Notiz anzusehen, daß letzterer eine beschränktere Anwendung machen wollte und das recte blos auf die erste, unzweifelhaft richtige Behauptung desselben zu beziehen, nicht auf die zweite, welche dadurch eine blos historische Bedeutung erhält. Die Vorschrift Justinian's, wodurch das formlose Schenkungsversprechen für klagbar erklärt wurde[267]), ist hiernach für die Frage, ob das Schenkungsversprechen unter Ehegatten durch den Tod

263) L. 2. C. (V. 15.)

264) Schon daß der Frau in der Stelle eine Klage gegen die Erben des Mannes gegeben wird, beweist, daß nicht eine Tradition an die Frau vorhergegangen sein kann; sonst müßte man sehr gezwungen annehmen, daß die Frau die ihr tradirten Sachen wieder an den Mann zurückgegeben habe.

265) L. 23. D. (24. 1.)

266) L. 3. C. Th. (1. 4.)

267) L. 35. §. 5. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

convalescire, ohne Bedeutung, da nach dem Vorigen die Convalescenz schon zur Zeit Ulpian's feststand, und nur die Erweiterung ist dadurch eingeführt, daß nicht blos förmliche durch Stipulation geschehene, sondern auch formlose Schenkungsversprechen unter Ehegatten nunmehr der Bestätigung durch den Senatsschluß unterliegen. Dagegen ist eine spätere Entscheidung Justinian's für die erörterte Streitfrage von beiden Theilen für sich benutzt worden. Schon unter seiner Regierung waren nämlich Zweifel darüber entstanden, ob auch die auf obligatorischen Verträgen beruhenden Schenkungen durch den Tod bestätigt würden. Die Zweifel rührten wahrscheinlich aus der die Meinung Papinian's referirenden Digestenstelle Ulpian's her. Justinian entschied für die Bestätigung [268]). Für das praktische Recht ist indessen diese Entscheidung ohne Bedeutung, da die betreffende Novelle nicht glossirt ist. Die Gegner berufen sich auf die gedachte Entscheidung als Beweis dafür, daß bis dahin, also nach den Digesten, das Entgegengesetzte gegolten habe, weil Justinian nicht sonst für nöthig gefunden hätte, sich für die Bestätigung durch ein neues Gesetz auszusprechen. Allein die betreffende Novelle tritt nicht als neues Gesetz auf; der Kaiser argumentirt blos aus den schon bestehenden Gesetzen, namentlich aus der Vorschrift über die Verbindlichkeit und Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens, und so ist diese Entscheidung zwar nicht als Gesetz, weil die Novelle nicht glossirt ist, wohl aber als die wichtigste Auctorität für die hier vertheidigte Ansicht entscheidend. Die praktischen Schriftsteller sprechen sich für die unbeschränkte Ausdehnung des Senatsschlusses aus und wenn sie sich dabei auf Nov. 162. c. 1. berufen [269]), so thaten sie dies nicht, weil sie dieser unglossirten Novelle Gesetzeskraft beilegten, sondern weil sie darin bei zweifelhafter Vereinigung sich widersprechender Digestenstellen eine sehr beachtenswerthe Auctorität fanden. Zu den Ausnahmen, in welchen eine Schenkung unter Ehegatten giltig sei, rechnen Viele 7) auch die durch einen promissorischen Eid bestätigte Schenkung [270]), nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes. Es hängt dies mit der Frage über die Wirkung des promissorischen Eides bei den nach Civilrecht ungiltigen Geschäften zusammen [271]). Wir müssen uns gegen diese angebliche Ausnahme erklären.

B. Erschwerende Formen [272]). Schon im älteren römischen Rechte gab es seit der lex Cincia Einschränkungen der Schenkung, deren eine in einem Verbote großer Schenkungen über eine uns unbekannte Grenze, die andere in der Einführung besonderer Formen vollgiltiger

268) Nov. 162. c. 1.

269) Vgl. die bei Savigny a. a. O. S. 193, N. 66 angeführten Schriftsteller.

270) Vgl. die Citate bei Glück, Erl. der Pand. Bd. XXVI, S. 203, N. 95, der S. 203 flg. die Streitfrage behandelt.

271) Vgl. darüber den Artikel Eid Bd. III, S. 643—646.

272) Savigny a. a. O. S. 194—224.

Schenkung bestand[273]). Im neuesten römischen Rechte giebt es bei Schenkungen als einzige erschwerende Form die Insinuation[274]). Zuerst wird sie in einem Edict Constantin's von 316 erwähnt[275]), wo sie aber schon als bekannt vorausgesetzt wird. Wichtiger ist die Verordnung desselben Kaisers von 319[276]), worin die von Constantius Chlorus, welchem die Einführung der Insinuation zugeschrieben wird, den personae exceptae des älteren Rechtes gewährte Befreiung von der Insinuation aufgehoben und diese Form allgemein vorgeschrieben wird. Mehrere spätere Verordnungen bestätigen einfach diese Form[277]). Im J. 428 wurde die donatio ante nuptias von der Nothwendigkeit der Insinuation ausgenommen[278]). Justinian befreite davon 529 alle Schenkungen bis zur Summe von 300 solidi[279]), dann 531 alle bis zur Summe von 500 solidi[280]) und diese Summe bildet nach dem jetzt geltenden Rechte die Grenze. Der gerichtlichen Insinuation soll hiernach unterworfen sein jede Schenkung deren Geldwerth mehr als 500 solidi beträgt. Die heutige Praxis hat den heutigen Ducaten als römischen solidus angenommen. Wie aber der Ducaten zu berechnen sei, darüber hat sich keine entschiedene Praxis gebildet. Allerdings wird von Vielen, namentlich von sächsischen Praktikern, der Werth angenommen, zu welchem der ungarische Ducaten ursprünglich ausgeprägt wurde, nämlich $2^2/_3$ Thaler oder 4 Gulden im 20. Guldenfuße[281]), so daß hiernach 500 solidi soviel als 2000 schwere Gulden oder 100 Mark Silber betragen, was nach Thalern im Conventionsfuße 1333 Thlr. 8 gGr., im 14. Thalerfuße 1400 Thlr. ausmacht.

---

273) Ueber das ältere Recht nach der lex Cincia vgl. Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 1 flg. und a. a. O. S. 194 flg. Rudorff, de lege Cincia. Berol. 1825. Francke, civil. Abhdl. S. 1—64. Klinphamer, de donationibus. Amstel. 1826. Hasse, im Rhein. Museum Bd. I, S. 185—248. Unterholzner ebd. Bd. II, S. 436 flg. Bd. III, S. 153 flg. Wenck, praef. in Hauboldi opuscula T. I. p. 37—61. Warnkönig, im Archiv für civil. Praxis Bd. XX, S. 421—426.

274) Daß neben dieser keine andere Form vorgeschrieben sei, weder Schrift noch Zuziehung von Zeugen, noch Tradition, darüber s. Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. XV, S. 445. Savigny, System a. a. O. S. 199—208. Dagegen haben die Nothwendigkeit der Zuziehung von drei Zeugen bei jeder Schenkung, außer bei insinuirten Schenkungen, auch nach dem Justinianeischen Rechte behauptet Marezoll in Grolman und Löhr, Magazin Bd. IV, S. 175—203. Schröter, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 132.

275) Es findet sich in seiner ursprünglichen Gestalt, aber am Schlusse lückenhaft in Fragm. Vat. §. 249. Im Theodosianischen Codex ist es L. 1. C. Th. (VIII. 12.), im Justinianeischen L. 25. C. de donat. (VIII. 53. (54.)).

276) L. 1. C. Th. (III. 5.)

277) L. 3. §. 6. 8. C. Th. (VIII. 12.)

278) L. 8. C. Th. (III. 5.)

279) L. 34. pr. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

280) L. 36. §. 3. C. eod.

281) Carpzov, Iurisprud. for. P. II. const. 12. def. 12. und Resp. lib. V. tit. 7. resp. 56. Wernher, obs. for. P. V. obs. 128. Schmidt, Abhdl.

Allein dies ist keine feststehende Praxis, wie Savigny[282]) behauptet. Vielmehr haben angesehene Gerichtshöfe, selbst in Sachsen, den Werth des Ducaten im Geldhandel zur Zeit der Schenkung angenommen[283]), und es läßt sich dafür der Grund anführen, daß dadurch der der Freigebigkeit gelassene Spielraum erweitert und noch mehr für Aufrechterhaltung des Geschäftes gesorgt wird, da der dermalige Werth eines Ducaten immer noch mehr als 2 Thlr. 22 Sgr. 2 Pf. im 14. Thalerfuße beträgt. Zur Ermittelung des Werthes des Geschenkes sind die obigen Regeln über Veräußerung, Bereicherung des Empfängers und Absicht des Gebers zur Anwendung zu bringen. Wird Eigenthum einer anderen Sache als Geld geschenkt, so ist der Werth durch gerichtliche Schätzung zu ermitteln, wobei der Werth der fremden Rechte, wodurch das Eigenthum beschränkt ist, in Abzug gebracht werden muß. Die künftigen Früchte einer geschenkten Sache sind niemals in Anschlag zu bringen[284]). Der Werth des geschenkten Nießbrauches ist nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des Usufructuars zu berechnen[285]); es kann aber auch bis zu dessen Ableben gewartet und bis dahin, im Falle eines Rechtsstreites, Caution gestellt werden. Wird eine jährliche Rente schenkungsweise versprochen, und zwar auf eine bestimmte Zahl von Jahren, so sind alle Zahlungen zusammen zu rechnen, um den Werth zu bestimmen. Läßt sich die Rente nicht auf eine bestimmte übersehbare Geldsumme zurückführen, so sind nach Justinian's Entscheidung[286]) folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Ist der Endpunkt, mit welchem die jährliche Rente aufhören soll, der Tod des Schenkers oder der des Beschenkten, so bedarf es keiner Insinuation; es soll so angesehen werden, als wären es mehrere abgesonderte Schenkungen; die Ungewißheit der Todeszeit ist der Grund davon[287]). 2) Soll die Rente auf die Erben des Gebers und auf die des Empfängers über-

---

von Münzsorten (1782) S. 159. Emminghaus, Pand. des gem. sächs. Rechtes Bd. V, Tit. II, N. 163, S. 142. So auch Voet, Comm. ad Pand. XXXIX. 5. n. 18. Pufendorf, Obs. iur. univ. I. 17.

282) Savigny a. a. O. S. 210 flg.

283) So das königl. sächs. OAGericht zu Dresden. Vgl. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. im Königr. Sachsen, 1842, S. 172. Emminghaus a. a. O. N. 164, S. 143.

284) L. 11. D. (39. 5.)

285) Nach den Regeln der L. 68. pr. D. (35. 2.)

286) L. 34. §. 4. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

287) Offenbar ist diese Entscheidung aus der Analogie mit dem legatum annuum hervorgegangen, wenigstens soweit die jährliche Rente durch das Leben des Empfängers bedingt ist. Denn das legatum annuum gilt als ein vielfältiges Legat; das des ersten Jahres als unbedingt, das jedes folgenden Jahres als durch das Leben des Legatars bedingt. L. 4. D. (33. 1.) Eben so nahe lag es aber bei der Schenkung einer jährlichen Rente, wie bei dem Legat von Alimenten, den Werth nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des Gebers oder des Empfängers nach den Regeln der L. 68. pr. D. (35. 2.) zu bemessen.

gehen, so bedarf es stets der Insinuation[288]); denn unter den Erben sind auch deren Erben und so fort zu verstehen[289]); die Insinuation ist nicht weniger nöthig, mag die Rente mit dem Tode der nächsten Erben des Schenkers oder des Beschenkten aufhören sollen oder nicht[290]). Bei der Schenkung einer bedingten Schuldforderung ist der Eintritt oder Ausfall der Bedingung abzuwarten, um die Nothwendigkeit der Insinuation zu bestimmen; wenigstens ist dies sicherer als die Ermittelung des Kaufwerthes mit Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung, wie solche bei bedingten Legaten behufs der Ermittelung des Falcidischen Viertels vorkommt[291]). Der Kaufwerth unsicherer Forde-

---

288) In L. 34. §. 4. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) ist die Lesart streitig. Die betreffende Stelle lautet nach der gewöhnlichen Lesart: Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitae, vel donatoris, vel eius, qui donationem accepit etc. Diese gewöhnliche Lesart vel adiiciatur tempus vitae etc. ist nicht zu retten. Vgl. Savigny a. a. O. S. 214, N. r., der die verschiedenen Versuche, diese Lesart aufrecht zu erhalten, beleuchtet. Cuiacius, Comm. in L. 16. D. de V. O. (Opp. T. I. p. 1173.) und Observ. lib. XV. cap. 22. emendirt, vel non adiiciatur (oder nec adiiciatur). Savigny a. a. O. billigt diese Emendation, indem sie den guten Sinn gebe: oder wenn (ohne Erwähnung von Erben) nur die Begrenzung der Rente auf die Lebenszeit der Parteien nicht ausgedrückt ist. Er selbst liest, wie er in einer seiner zwei Coderhandschriften findet: vel adiiciatur tempus vitae heredum vel donatoris, vel eius, qui donationem accepit. Die von Cujas vorgeschlagene Emendation enthält die allein richtige und ursprüngliche Lesart. Die Basiliken und ihre Scholien sind keineswegs so schwankend, wie Savigny a. a. O. behauptet; vielmehr bestätigen sie des Cujas Emendation auf das Evidenteste. Allerdings läßt sich weder aus der Summe des Anatolius, welche in den Text der Basil. lib. XLVII. tit. 1. cap. 66. (ed. Heimb. T. IV. p. 588.) übergegangen ist, noch aus der Summe des Theodorus (Sch. *Θεοδώρου* ad Basil. l. c. ed. Heimb. T. IV. p. 588 sq.) etwas für die eine oder andere Lesart entnehmen, weil eben die abgekürzte Behandlung der Constitutionen von Seiten dieser beiden Juristen in ihren Bearbeitungen des Codex sie weniger Gewicht auf die einzelnen Worte legen ließ. Dagegen ist die griechische Bearbeitung der L. 34. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) von Isidorus, einem der Rechtslehrer, an welche die Const. Omnem vom J. 533 gerichtet ist, also eines gleichzeitigen Juristen, hier von der höchsten Bedcutung. Seine ziemlich wörtliche Bearbeitung ist im Sch. *Ἰσιδώρου* (Basil. ed. Heimb. T. IV. p. 589. sq. enthalten. Er giebt die fragliche Stelle so wieder: *εἰ δὲ καὶ κληρονόμων ἐξ ἑκατέρου μέρους γένηται μνήμη, καὶ μὴ προστεθείη ὁ τῆς ζωῆς καιρός κ. τ. λ.* Dadurch wird bestätigt, daß in dem Codex stand: vel non adiiciatur tempus vitae, und daß die Negation in den späteren Handschriften nur weggelassen ist. Hiernach erscheint der der gewöhnlichen Lesart gemachte Zusatz, den Savigny billigt: vel adiiciatur tempus vitae heredum vel donatoris etc. nur als ein späterer Versuch, die durch Weglassung der Negation verdorbene Lesart zu verbessern.

289) L. 65. D. (50. 16.) L. 194. D. (50. 17.)

290) Dies folgt eben daraus, daß wenn die Rente auf die Erben activ oder passiv übergehen soll, sie als Eine perpetuirte und fortgesetzte Schenkung gelten soll. Daß Savigny a. a. O. S. 214 den Fall der Beschränkung der Rente auf die nächsten Erben des Gebers oder des Empfängers als einen Dritten hinstellt, in welchem jedoch dasselbe gilt, wie im zweiten Falle, beruht auf der von ihm angenommenen Lesart.

291) L. 45. §. 1. L. 73. §. 1. D. (35. 2.)

rungen ist durch Schätzung zu bestimmen[292]). Der Erlaß einer Schuldforderung steht einem Geldgeschenke um den Nennbetrag der Schuld gleich, sollte auch gleich der Schuldner zahlungsunfähig sein[293]). Schenkungen, welche dieselben Personen einander zu verschiedenen Zeiten machen, sollen nie zusammengerechnet werden, um das Bedürfniß der Insinuation zu begründen, wenn sich auch denken ließe, daß man Eine Schenkung zum Zwecke der Umgehung der Insinuation in Theile zerlegt hätte[294]). Die Nothwendigkeit der Insinuation beschränkt sich unserem Erachten nach auf die Fälle, in welchen die Schenkung Vertragsnatur hat. Dagegen sind die Fälle, in welchen eine Schenkung stattfindet, ohne daß ein Vertrag zum Grunde liegt, der Insinuation nicht unterworfen. Wo eine Bereicherung eines Anderen ohne dessen Wissen, vielleicht gar gegen dessen Willen stattfindet, kann von einer Insinuation, außer bei Schenkungen unter Ehegatten, nicht die Rede sein. Wer wissentlich eine Nichtschuld zahlt, von dem wird allerdings gesagt, er schenke; dies geschieht aber nur deshalb, um die Rückforderung auszuschließen, was freilich zunächst nur mit Bezug auf die condictio indebiti gesagt ist. Wer eine fremde Schuld ohne Wissen oder sogar gegen den Willen des Schuldners zahlt oder dafür expromittirt, liberirt den Schuldner und bereichert ihn dadurch; es wäre aber doch sonderbar, wenn er bei einem größeren Betrage der Schuld wegen nicht erfolgter Insinuation dies wieder bis auf den Betrag von 500 solidi sollte rückgängig machen können, da der Schuldner die für ihn geleistete Zahlung oder Expromission nicht hindern konnte, sie vielleicht sogar ausdrücklich verboten hat. Man sage nicht, daß, wenn der Schuldner etwa, wenn der Geber gegen ihn auf Zurückgabe desjenigen, was über 500 solidi beträgt, wegen nicht erfolgter Insinuation klagt, dagegen excipirt, darin eine nachfolgende Acceptation des Geschenkes liege und dann also die Schenkung Vertragsnatur annehme. Wenn der Schuldner excipirt, ist dies eine einfache doli exceptio, darauf gegründet, daß etwas gefordert werde, wofür man, da es gegen den ausdrücklichen Willen des Anderen aufgewendet worden ist, keinen Ersatz beanspruchen kann. Wer gegen eines Anderen Verbot dessen Geschäfte besorgt, hat nach ausdrücklicher Bestimmung keine Klage auf Ersatz des darauf gemachten Aufwandes[295]); wie ist es damit zu vereinigen, daß, wenn dieser Aufwand nicht insinuirt ist, wegen nicht erfolgter Insinuation dieser Aufwand, soweit er 500 solidi übersteigt, dennoch solle zurückgefordert werden können? Wer wissentlich ihm zustehende Exceptionen nicht vorbringt und dadurch seine Verurtheilung bewirkt oder wer wissentlich

---

292) Ebenso wie bei der Falcidischen Quart. L. 22. §. 3. L. 82. D. (35. 2.) Ist ein Geldpapier verschenkt, welches einen Börsencurs hat, so entscheidet der Curswerth zur Zeit der Schenkung.

293) L. 31. §. 1. 4. D. (39. 6.) L. 22. §. 3. L. 82. D. (35. 2.)

294) L. 34. §. 3. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

295) L. 24. C. de negot. gest. (II. 18. (19.))

eine unbegründete Schuld zugesteht, bereichert den Anderen ebenfalls; nie kann aber davon die Rede sein, daß ein solcher Schritt wegen nicht erfolgter Insinuation rückgängig gemacht werden könnte, weil man sonst am Ende zu dem unhaltbaren Resultate gelangen würde, daß jede Versäumniß im Processe erst gerichtlich insinuirt werden müßte, um den Gegner gegen die Geltendmachung der unterlassenen Proceßhandlung zu sichern; weil der Säumige später immer noch und zwar während der Verjährungszeit von 30 Jahren mit der Behauptung auftreten könnte, er habe sich an ihm zustehenden Einreden, Repliken, Beweisen in der Absicht versäumt, um seinen Proceßgegner dadurch zu bereichern, ihm auf diese Weise ein Geschenk zu machen und dieses Geschenk sei wegen nicht erfolgter Insinuation in tantum ungiltig. Alles dieses spricht dafür, daß die Insinuation blos auf die Schenkungsverträge zu beschränken sei. Hiernächst ist der Zweck der Beschränkung der Schenkung durch erschwerende Formen im neuesten Rechte, wie schon früher angedeutet worden ist, unzweifelhaft ebensowohl die Verhütung leichtsinniger Schenkungen als die Sicherung des Empfängers gegen Zurückforderung des Geschenkes. Dies setzt nothwendig voraus, daß der Empfänger wisse, daß ihm geschenkt werde, daß er die Schenkung annehme, sein Einverständniß mit der ihm zuzuwendenden Bereicherung erkläre, ob ausdrücklich oder durch Handlungen ist gleichgiltig. Der Empfänger ist also selbst dabei betheiligt, daß die Insinuation geschehe und wenn er gleich den Geber dazu nicht zwingen kann, keine Klage gegen denselben darauf hat, daß er die Insinuation bewirke, so wird er doch durch sein unverkennbares Interesse dabei, daß der Geber seinen Willen zu schenken vor Gericht erkläre, bewogen, außergerichtlich auf jede rechtlich zulässige Weise den Geber zu dieser Erklärung zu veranlassen. — Die Form der Insinuation besteht darin, daß der Geber seinen Willen zu schenken, den Gegenstand der Schenkung und wann er schenken will, vor Gericht erklärt und darüber ein Protocoll aufgenommen wird [296]). Die Gegenwart des Empfängers bei dem Act der Insinuation ist nicht unbedingt nöthig; die Annahme der Schenkung, wenn sie nicht schon vorhergegangen war, kann auch nach der Insinuation durch Annahme des Schenkungsprotocolles von Seiten des Beschenkten erfolgen [297]). Die Insinuation mußte früher vor dem competenten Richter geschehen [298]), nach dem neuesten Rechte kann sie

---

296) Es sind uns mehrere Protocolle über die Insinuation der Schenkungen aus der römischen Zeit erhalten. Sie sind gesammelt in Spangenberg, iuris Romani tabulae negotiorum solennium. III. Donationes (1822). Von ihnen sind besonders zwei aus der Zeit nach dem Untergange des weströmischen Reiches bemerkenswerth bei Spangenberg l. c. nr. XXVIII. XXXIII. p. 173. sq. 191. sq. Vgl. Heimbach sen., in den jurist. Abhdl. herausgeg. von Ortloff u. s. w. Bd. I, S. 604 flg.

297) Heimbach a. a. O. S. 606.

298) L. 3. C. Th. (VIII. 12.)

vor jedem Richter giltig vorgenommen werden[299]. Das Geschäft des Richters ist nur feierliche Beglaubigung des Geschäftes; von einer vorherigen causae cognitio und einer etwa erforderlichen Zustimmung des Richters, welche nach den Umständen auch versagt werden könnte, ist nicht die Rede. Deshalb muß auch ein gerichtliches Bekenntniß des Schenkers zu dem Inhalte und der Unterschrift einer von ihm vorgelegten Schenkungsurkunde unter Aufnahme eines gerichtlichen Protocolles darüber für gleich giltig der Erklärung der ganzen Schenkung zu Protocoll erachtet werden[300]. — Die Wirkung der versäumten Insinuation, wo sie nach dem Vorstehenden erforderlich ist, ist eine andere als die der Nichtbeachtung der Beschränkungen der Schenkung im älteren Rechte[301], nämlich völlige Nichtigkeit des Geschäftes insoweit als es den Werth von 500 solidi übersteigt; bis zu dieser Summe bleibt das Geschäft giltig[302]. Dieser Grundsatz ist nur in Einer Anwendung entwickelt. Wird nämlich die Schenkung durch Tradition einer nicht verbrauchbaren Sache bewirkt, so entsteht infolge der Anwendung jenes Grundsatzes gemeinschaftliches Eigenthum zwischen dem Schenker und dem Beschenkten, wobei der jedem zustehende ideale Antheil im Falle eines Processes durch richterliche Schätzung bestimmt werden muß. Zur Verhütung von Streitigkeiten ist vorgeschrieben, daß der Eigenthümer des größeren Theiles durch Zahlung der Taxe den kleineren an sich bringen kann; will er nicht, so soll reale Theilung der Sache erfolgen oder wenn sie nicht möglich ist, der Eigenthümer des kleineren Theiles den größeren durch Zahlung der Taxe an sich bringen[303]. Derselbe Grundsatz völliger Nichtigkeit ergiebt, daß für das Uebermaß die Schenkung kein Usucapionstitel sein kann; daß ferner der Empfänger hinsichtlich des Uebermaßes als unredlicher Besitzer insofern gelten muß, als er weiß, daß ihm kein Eigenthum daran zusteht, insofern aber auch wieder nicht als er Grund zu der Voraussetzung hat, daß er mit dem Willen des Gebers als Eigenthümers besitze, so lange dieser nicht den Widerruf ausgesprochen hat; daß endlich hinsichtlich der übrigen nicht ausdrücklich entschiedenen Fragen bei Gleichheit des Grundsatzes die über die Ungiltigkeit der Schenkungen in der Ehe geltenden Regeln, jedoch mit den schon mehrfach angedeuteten Beschränkungen zur Anwendung zu bringen sind. Namentlich gilt das letztere von den Rechtsmitteln. Der Geber, welcher bei versäumter Insinuation die Schenkung bereut, hat demnach zur Zurückforderung des ungiltigen Theiles

---

299) L. 8. C. Th. (VIII. 12.) L. 27. 30. 32. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 6.

300) Heimbach a. a. O. S. 607. So hat auch das OAGericht zu Jena erkannt. Vgl. Emminghaus, Pand. des gem. sächs. Rechtes B. V, Tit. 2, Nr. 159, S. 140 flg.

301) Vgl. über das ältere Recht Savigny a. a. O. S. 197 flg.

302) L. 34. pr. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

303) L. 34. §. 2. C. eod.

derselben entweder die Vindication oder eine Condiction, je nachdem die geschenkte Sache selbst oder nur ihr Werth bei dem Empfänger noch vorhanden ist. Ist eine große Schenkung, bei welcher die Insinuation versäumt wurde, durch Mitwirkung dritter Personen vollzogen, so entsteht die Frage, ob die Nichtigkeit auch dieses Geschäft mit fremden Personen, welches keine Schenkung ist, umfasse [304]). Nach dem älteren Rechte schützte denjenigen, welcher eine das Maß der lex Cincia übersteigende Schenkung versprach, eine Exception gegen die Klage des Beschenkten. Hatte aber der Empfänger das Versprechen nicht unmittelbar angenommen, sondern die Schenkung durch Delegation bewirkt, so war gegen die aus der Expromission entspringende Klage jene Exception ausgeschlossen. Dies war der Fall 1) wenn der Schenker im Auftrage des Beschenkten an des letzteren Gläubiger expromittirte; der Schenker hatte dann gegen die Klage des Gläubigers keine Exception, wohl aber eine Condiction gegen den Beschenkten auf Befreiung von der Schuld oder auf Zurückgabe des schon gezahlten Geldes [305]); 2) wenn der Schenker seinen Schuldner dem Beschenkten delegirte, so hatte der Schuldner keine Exception; der Schenker aber konnte vor der Zahlung gegen den Schuldner rescissorisch klagen, nach der Zahlung gegen den Beschenkten auf Zurückgabe des Geldes [306]). Anders war es, wie bereits früher erwähnt wurde, bei der Schenkung unter Ehegatten, bei welcher vermöge der gänzlichen Ungiltigkeit der Schenkung auch das mit dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft völlig nichtig ist [307]). Die Anwendung der von der Delegation bei einer übermäßigen Schenkung handelnden Digestenstellen auf den Fall versäumter Insinuation ist aber bedenklich, weil sie ausdrücklich nur von der Zulässigkeit einer Exception reden, wovon in dem alten Rechte der lex Cincia vorzugsweise die Rede war. Im Justinianeischen Rechte hat aber die versäumte Insinuation gänzliche Nichtigkeit zur Folge, wie die verbotene Schenkung unter Ehegatten. Soll nicht bei dieser Frage die innere Consequenz der Gesetzgebung gänzlich aufgegeben werden, so ist auch für den Fall versäumter Insinuation dieselbe Regel anzuwenden, welche für die Schenkung unter Ehegatten durchgeführt ist und die angeführten Digestenstellen sind als unanwendbare Zeugnisse aus dem Zusammenhange des älteren Rechtes zu betrachten, deren Aufnahme besser unterlassen worden wäre. Dagegen müssen wir, außer bei der Schenkung unter Ehegatten, in allen Fällen, wo eine absichtliche Bereicherung des Anderen ohne dessen Wissen oder sogar gegen dessen Willen stattgefunden hat, die versäumte Insinuation für ganz unerheblich halten, da nach dem Vorhergehenden in solchen Fällen die Insinuation gar nicht nöthig

---

304) Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 596 flg., 599 flg.
305) L. 5. §. 5. D. (44. 4.)
306) L. 21. §. 1. D. (39. 5.)
307) L. 5. §. 2. 3. 4. L. 39. D. (24. 1.)

ist. Wer eine fremde Schuld ohne Verbindlichkeit dazu bezahlt, wozu er ohne Willen und selbst gegen den Willen des Schuldners befugt ist, befreit dadurch den Schuldner; er kann aber aus dem Grunde mangelnder Insinuation weder vom Gläubiger das Gezahlte, insoweit es 500 solidi übersteigt, zurückfordern, da er diesem nicht hat schenken wollen, dieser vielmehr nur das, was er zu fordern hatte, bekommen hat und es ihm gleichgiltig sein konnte, ob er es vom Schuldner oder von einem Anderen, der für denselben zahlen wollte, erhielt, noch kann er den Schuldner, für welchen er gezahlt hat, auf Rückgabe des für denselben gezahlten Geldes belangen, da der Schuldner die Zahlung für ihn selbst durch sein ausdrückliches Verbot nicht hindern kann, dem Zahlenden mithin immer, wenn er deshalb einen Anspruch gegen den durch die Zahlung Befreiten erhebt, die exceptio doli entgegensteht. Dasselbe gilt von einer wider den Willen eines Schuldners geleisteten Expromission an einen Gläubiger desselben. Zahlt Jemand wissentlich eine Nichtschuld, und der Empfänger ist im guten Glauben, daß ihm eine Schuld bezahlt worden sei, so ist die Rückforderung ausgeschlossen [308]), weil die Absicht zu schenken angenommen wird [309]); aus dem Grunde der mangelnden Insinuation die Rückforderung dennoch in tantum zu gestatten, würde mit der Ausschließung der Rückforderung im allgemeinen unvereinbar sein; denn zur Zahlung einer Nichtschuld ist Niemand verbindlich, und will er förmlich schenken, so mag er es auch auf förmliche Weise thun, einen wirklichen Schenkungsvertrag abschließen. Das Resultat unserer Ansicht geht dahin, daß in allen Fällen, wo, außer unter Ehegatten, Jemand den Anderen absichtlich ohne des letzteren Wissen, vielleicht sogar gegen seinen Willen, bereichert, dies nur deshalb einer Schenkung verglichen wird (donare videtur, similis est ei, qui donat), um die Rückforderung auszuschließen, keineswegs aber um diese Fälle unter den Schenkungsbegriff überhaupt zu stellen und sie daher der Insinuation zu unterwerfen. — Ausnahmen von der Regel, daß Schenkungen über 500 solidi zur Giltigkeit hinsichtlich des Uebermaßes der Insinuation bedürfen, bilden 1) Schenkungen des Kaisers an Privatpersonen und umgekehrt [310]); 2) Schenkungen zum Aufbau eines eingestürzten oder abgebrannten Hauses [311]), welche ebenso von

308) L. 1. §. 1. D. (12. 6.)

309) L. 53. 82. D. (50. 17.) L. 29. pr. D. (39. 5.) L. 47. D. (38. 1.) L. 7. §. 2. D. (41. 4.) L. 12. D. (46. 2.)

310) L. 34. pr. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) Nov. 52. c. 2. Dies leitet Anwendung auf Schenkungen teutscher Souveräne an Privatpersonen und umgekehrt. Daß die Privaten gerade Unterthanen des schenkenden Regenten sein müßten, ist nicht erforderlich; denn Princeps maior est omni solennitate; eher ist das bei dem Regenten als Beschenkten vorausgesetzt, wenigstens bei den Römern.

311) L. 36. §. 2. C. eod. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 26 beschränkt dies wegen der Worte: pecunias .. praebentibus vel cautionem conficientibus auf Schenkungen von Geld. Savigny a. a. O.

dem Schenkungsverbote in der Ehe ausgenommen sind; entsteht Streit darüber, ob das Geschenk ganz oder zum Theil zu dem gedachten Zwecke verwendet worden sei, so soll dieser lediglich durch des Beschenkten Eid entschieden werden. 3) Schenkungen zur causa piissima, d. h. zum Loskauf von Gefangenen, hinsichtlich deren Verwendung auch der Eid des Beschenkten genügen soll [312]; 4) Schenkungen beweglicher Sachen von Seiten des magister militum an verdiente Soldaten [313], was nicht mehr praktisch ist; 5) Bestellung einer dos für die Frau von Seiten eines Fremden, worin eine wahre Schenkung an die Frau liegt, deren gesetzliche Befreiung von der Insinuation [314]) sich aus der auch in anderen Beziehungen vorkommenden Begünstigung der dos erklärt. Nicht ausgenommen von der Insinuation sind remuneratorische Schenkungen, Schenkungen an eine pia causa, deren frühere Befreiung bis zur Summe von 500 solidi [315]) mit der Erhebung dieser Summe zur allgemeinen Regel aufgehört hat. Auch werden Schenkungen unter Ehegatten, soweit sie über 500 solidi betragen, durch den Tod hinsichtlich des Uebermaßes nur dann bestätigt, wenn sie insinuirt worden sind [316]).

C. Widerruf aus besonderen Gründen [317]). Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn der Widerruf ausdrücklich ausbedungen ist, wo der Nebenvertrag dann die Natur eines Modus annimmt oder wenn die Schenkung nach ausdrücklichen Vorschriften ungiltig ist, wie wegen der Ehe oder wegen versäumter Insinuation. Unabhängig von diesen Gründen allgemeinerer Natur können an sich

---

S. 221, N. d glaubt mit Recht, es gehe auf Schenkungen von Geld oder Geldeswerth und es sollte nur ausgedrückt werden, daß ein Schenkungsversprechen hier ebensowenig der Insinuation bedürfen sollte als die Tradition; pecuniae werde hier genannt, weil Geld die gewöhnliche Gabe in diesem Falle sei.

312) L. 36. pr. C. eod. Die von Marezoll a. a. O. S. 25 ebenfalls hier wegen der Worte: pecunias dederit, sive per cautionem promiserit angenommene Beschränkung auf Schenkungen von Geld wird von Savigny a. a. O. S. 222, N. e. aus den in der vorigen Note erwähnten Gründen mit Recht verworfen, wozu noch hinzutritt, daß dieselbe Befreiung schon in L. 34. pr. C. eod. in den Worten: quam iis, quae in causas piissimas procedunt verglichen mit den Worten der L. 36. pr. C. eod. necessitatem habente; piissimam administrationem adimplere, vorkommt, ohne Angabe irgend eines Gegenstandes. Manche nehmen Schenkungen an piae causae ohne Rücksicht auf ihren Betrag von der Insinuation aus, wie Burchardi, Pandektenrecht §. 492, N. r, Arndts innere Gesch. d. röm. Rechtes §. 268, S. 826, N. 46. Es kommt hier auf die Interpretation folgender Stellen an: L. 19. C. (I. 2.) L. 34. pr. L. 35. §. 5. L. 36. pr. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) Zu demselben Resultate wie hier, daß Schenkungen an piae causae, mit Ausnahme der zum Loskauf von Gefangenen, bei einem Betrage über 500 solidi der Insinuation bedürfen, kommt Buchholtz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. f, Bd. XI, S. 138—148.

313) L. 36. §. 1. C. eod.

314) L. 31. pr. C. (V. 12.)

315) L. 19. C. (I. 2.) L. 34. §. 1. C. de donat. (VIII. 53. (54.)

316) L. 25. C. (V. 16.)

317) Savigny a. a. O. S. 224—239.

giltige Schenkungen widerrufen werden aus besonderen Gründen, welcher Widerruf dann stets als eine Ausnahme erscheint. Der Widerruf kann entweder von einem Dritten ausgehen, dessen Rechte die Schenkung verletzt, also gegen den Willen des Schenkers, oder vom Schenker selbst. Der Widerruf von Seiten eines Dritten kommt vor bei der inofficiosa donatio [318]) und in der Pauliana actio [319]). Der Widerruf von Seiten des Gebers kommt im römischen Rechte in zwei Fällen vor, erstlich wegen nachgeborener Kinder des Gebers, zweitens wegen Undankbarkeit des Beschenkten. Der erste Fall hat in dem Verhältnisse des Patrones zu dem Freigelassenen seinen Grund. Ursprünglich konnte der Patron jede seinem Freigelassenen gemachte Schenkung willkürlich widerrufen, indem angenommen wurde, der Patron werde dazu im Betragen des Freigelassenen Gründe gefunden haben, deren Prüfung von Seiten des Richters man für unzulässig hielt [320]). Später wurde dieser Widerruf nur wegen nachgeborener Kinder und wegen Undankbarkeit dem Patron verstattet. Der erste dieser Fälle gründet sich auf eine Constitution von Constantius von 355 [321]), welche, obgleich sie ein Edict ist, doch eben, weil sie eine Beschränkung des ursprünglich unbeschränkten Rechtes des Patrones enthält, nicht, wie von Praktikern häufig angenommen wird [322]), auf jeden Schenkgeber überhaupt auszudehnen ist, umsoweniger als für das wahre und dringende Bedürfniß der Widerruf der inofficiosa donatio genügt, welcher auch nachgeborenen Kindern zukommt [323]). Der Widerruf wegen Undankbarkeit kam ursprünglich auch nur bei den Schenkungen des Patrones vor, als bloße Folge des ihm zustehenden willkürlichen Widerrufes; später wurde er ebenfalls auf Fälle erweislicher Undankbarkeit beschränkt [324]), in dieser beschränkten Gestalt aber auch auf Schenkungen der Eltern an ihre Kinder angewendet [325]), bis Justinian endlich jedem Schenker aus diesem Grunde den Widerruf gestattete [326]). Der Hauptunterschied des Widerrufes wegen Undankbarkeit von den anderen Beschränkungen der Schenkung besteht darin, daß hier das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, sondern nur ein persönlicher Anspruch auf Zurückgabe des Geschenkes besteht, daher keine Vindication zu diesem Zwecke, sondern nur eine persönliche Klage

---

318) Vgl. den Art. Pflichttheils- und Notherbenrecht Bd. VIII, S. 163—170.

319) Vgl. den Art. Concurs Bd. II, S. 779 flg.

320) Fragm. Vat. §. 272. 313.

321) L. 3. C. Th. (VIII. 13.) L. 8. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.))

322) Lauterbach, Coll. theor. pract. Pand. lib. XXXIX. tit. V. §. 53—57.

323) L. 5. C. (III. 29.)

324) L. 1. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.)) verglichen mit Fragm. Vat. §. 272.

325) L. 31. §. 1. D. (39. 7.) L. 1. 2. 4. 6. C. Th. (VIII. 13.) L. 7. 9. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.))

326) L. 10. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.))

zulässig ist. Die Klage ist nicht die condictio causa data, causa non secuta, sondern eine condictio ex lege [327]). Das Recht zu dieser Klage steht nur dem Schenker, nicht dessen Erben zu [328]); es ist dies aber nicht so zu verstehen, daß der Schenker die Klage schon angestellt haben müßte, um sie erwerben zu können; sondern es genügt der bloße Wille des Widerrufes, so daß die Klage nur wegfällt, wenn der Schenker nicht vor seinem Ableben seinen veränderten Willen auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben hat. Es spricht dafür die Analogie der Schenkung in der Ehe, worauf auch die Ausdrücke des Gesetzes deutlich genug hinweisen. Die Klage steht nur unmittelbar gegen den Beschenkten zu, nicht gegen dessen Erben, d. h. der Schenker muß noch bei Lebzeiten des Beschenkten die Veränderung seines Willens zu erkennen gegeben haben [329]). Die Bedingung der Klage ist überhaupt die Undankbarkeit des Beschenkten, jedoch sind fünf Fälle dieser Undankbarkeit bestimmt und jede Ausdehnung derselben ausdrücklich untersagt. Diese Fälle sind 1) grobe wörtliche Ehrenkränkungen; 2) Thätlichkeiten gegen die Person des Schenkers; 3) bedeutender Vermögensverlust, welcher dem Schenker nicht blos gedroht, sondern wirklich zugezogen wird; 4) Lebensgefahr, in welche der Beschenkte den Schenker bringt; 5) Weigerung des Beschenkten, die bei der Schenkung auferlegten Verpflichtungen zu erfüllen. Im letzten Falle genügte eigentlich schon zum Widerrufe die gewöhnliche Regel der donatio sub modo, so daß es der besonderen Gattung des Widerrufes nicht bedurft hätte; da aber der Widerruf in diesem Falle noch besonders gestattet ist, so steht dem Schenker die Wahl zwischen dem Widerrufe wegen Undankes oder den Rechtsmitteln, wodurch er die donatio sub modo widerrufen kann, zu; für letztere gilt die Ausschließung der beiderseitigen Erben nicht. Ausnahmen von der Klage auf Rückgabe des Geschenkes wegen Undankes macht weder der bei der Schenkung selbst auf den Widerruf geleistete Verzicht, der für ein pactum turpe zu achten und daher unwirksam ist [330]), noch die remuneratorische Schenkung, obwohl hier vielfältig eine solche Ausnahme angenommen wird. Die einzige Ausnahme findet bei Schenkungen einer Mutter an ihre Kinder statt, indem dieser, wenn sie zur Wiedervereheliching schreitet oder sich einem sittenlosen Lebenswandel ergiebt, die Ausübung des Widerrufes versagt ist [331]); letzteres

---

327) Donell. Comm. iur. civ. XIV. 31. §. 7—14. nimmt erstere Klage an, weil nach ihm in jeder Schenkung der stillschweigende Vertrag liegt, daß der Beschenkte die Undankbarkeit vermeiden solle. Allein zur Zeit der Schenkung denkt Niemand an ein solches späteres Mißverhältniß.

328) L. 10. C. eod.

329) Ausdrücklich spricht dies für die Schenkung der Mutter an ihre Kinder L. 7. C. eod. aus. Dieselbe Beschränkung ist aber auch in L. 10. C. eod. deutlich genug ausgesprochen.

330) Nach Analogie der L. 27. §. 4. D. (2. 14.)

331) L. 7. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.))

ist im neuesten Rechte beibehalten worden, während im ersten Falle Justinian zwar den Widerruf verstattet, jedoch nur wegen Realinjurien, zugezogener Lebensgefahr und wegen einer Unternehmung, die den Verlust des ganzen Vermögens beabsichtigt[332]). Die Wirkungen des Widerrufes wegen Undankbarkeit anlangend, so ist die Rückforderung des noch unverändert im Vermögen vorhandenen Geschenkes unzweifelhaft; ist dasselbe durch Umtausch in der Art verwandelt worden, daß dessen Werth als Bereicherung noch im Vermögen übrig ist, so geht die Klage auf diesen vorhandenen Werth. Ist das Geschenk durch die freie Handlung des Beschenkten untergegangen, sei es durch Verschwendung oder Schenkung an Andere, so ist der Beschenkte frei zu sprechen, weil er in der That Eigenthümer ist und daher die willkürliche Handlung, wodurch er sich des Geschenkes entäußert, ohne dessen Werth im Vermögen zu behalten, rechtmäßig und tadellos ist. Anders ist es, wenn die undankbare Handlung vor der Consumtion geschah, weil der Beschenkte nun den Widerruf erwarten mußte und bei doch erfolgter Consumtion als einer angesehen werden kann, qui dolo fecit, quo minus restitueret. Auch wenn die Undankbarkeit erst nach der Consumtion vorfiel, erweislich aber der Entschluß zu der undankbaren Handlung schon zur Zeit der Consumtion vorhanden war, gilt dasselbe. In Ansehung der Früchte der geschenkten Sache kommen die Regeln bei Schenkungen unter Ehegatten zur Anwendung. Rechtsgeschäfte mit Dritten, durch welche die Schenkung bewirkt wird, z. B. Delegation, werden durch den Widerruf wegen Undankes gar nicht berührt[333]). Ganz unanwendbar ist der Widerruf wegen Undankes auf solche Bereicherungen eines Anderen, welche ohne dessen Wissen oder gegen dessen Willen geschehen, wie durch Expromission oder Zahlung u. s. w. Denn damit der Beschenkte dem Geber zum Danke verpflichtet sei, muß er um das Geschenk wissen, das Bewußtsein der gegen ihn geübten Freigebigkeit haben und damit einverstanden sein, er muß die Schenkung acceptiren. Der Widerruf wegen Undankes beschränkt sich demnach auf die Fälle, in welchen die Schenkung Vertragsnatur hat. Wir beziehen uns auf das früher darüber gegen Savigny Bemerkte.

V. Besondere Arten der Schenkung. Hierher gehört 1) die Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio) von welcher in dem gleich folgenden Artikel gehandelt wird; 2) die donatio sub modo, weshalb auf einen früheren Artikel verwiesen wird[334]).

Heimbach sen.

Schenkung auf den Todesfall, Todes wegen, Todes halber (mortis causa donatio)[1]). Sie ist eine Art bedingter

332) Nov. 22. c. 35.

333) Savigny a. a. O. S. 601.

334) Vgl. auch den Art. Modus Bd. VII, S. 223 flg., besonders S. 228, 229. S. auch Savigny a. a. O. S. 280—287.

1) Quellen: §. 1. Inst. (II. 7.) D. 39. 6. Tit. Cod. de mortis causa

Schenkung, welche das Eigenthümliche hat, daß sie durch Zweck und Erfolg den Legaten verwandt ist. Bei den Römern sind deshalb nach und nach viele für die Legate geltenden Regeln auch auf sie angewendet worden, ohne daß sie den vorherrschenden Charakter der Schenkung verloren hat; vielmehr fällt sie fortwährend unter den Gattungsbegriff der Schenkung als einzelne Art derselben[2]). Der gewöhnlichste Fall dieser Schenkung ist der, daß der Geber durch eine bestimmte gegenwärtige Lebensgefahr dazu bestimmt wird, dergestalt, daß mit dem Wegfalle der Gefahr die Schenkung selbst ungiltig werden soll[3]). Doch ist das Dasein einer bestimmten Lebensgefahr nicht nöthig, es genügt auch als Veranlassung der Schenkung der allgemeine Gedanke des Gebers an seinen dereinstigen Tod überhaupt[4]). In beiden Fällen ist der stillschweigende Vorbehalt des willkürlichen Widerrufes von Seiten des Gebers bis an seinen Tod Regel in der Art, daß er sich von selbst versteht[5]); er ist aber nicht so wesentlich, daß darauf nicht besonders verzichtet werden könnte[6]). Das chrakteristische Merkmal dieser Art der Schenkung, was demnach allein übrig bleibt, ist deren Hinfälligkeit im Falle des früheren Todes des Beschenkten, so daß sie also nur giltig ist, wenn der Schenker vor dem Beschenkten oder auch gleichzeitig mit demselben stirbt[7]), was so wesentlich ist, daß davon die Perfection der Schenkung abhängt[8]). Es lassen sich innerhalb dieses durch jenes

donationibus (VIII. 56. (57.)) Paul. Sent. lib. III. tit. VII. — Literatur: Haubold, diss. de mortis causa donationum coniecturis ex mortis mentione capiendis. Lips. 1792. in Opusc. tit. I. p. 439—496. und dazu Wenck, praefat. p. 36. sq. Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. Schirach, im Archiv für civil. Praxis Bd. II, S. 297 flg. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 97 flg. Wiederhold ebd. Bd. XV, S. 96 flg. Hasse, im Rhein. Museum Bd. II, S. 300 flg. Bd. III, S. 1 flg. 371 flg. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. IV, S. 239—280. Wir folgen hauptsächlich der Darstellung von Savigny.

2) Pr. Inst. (II. 7.) L. 67. §. 1. D. (50. 16.) Daher müssen die unbestimmt für die donatio überhaupt gegebenen Vorschriften auch auf die m. c. donatio bezogen werden, wenn nicht ihr Inhalt eine engere Begrenzung ergiebt. Die non mortis causa donatio heißt vera et absoluta. L. 35. §. 2. L. 42. §. 1. D. (39. 6.) auch inter vivos. L. 25. D. (5. 2.)

3) L. 3—6. L. 8. §. 1. D. (39. 6.) §. 1. Inst. (II. 7.) Paul. Sent. III. 7.

4) L. 2. L. 31. §. 2. fin. L. 35. §. 4. D. (39. 6.)

5) L. 16. 30. D. (39. 6.) §. 1. Inst. (II. 7.) Paul. Sent. III. 7.

6) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. D. (39. 6.) Nov. 87. pr. c. 1. Wenn in L. 27. L. 35. §. 2. D. (39. 6.) gesagt wird, durch die beigefügte Bestimmung ut nullo casu revocetur, höre die m. c. donatio auf eine solche zu sein und werde eine vera et absoluta donatio, so ist damit nicht der Verzicht des Gebers auf den Widerruf zu verwechseln. Dieser Verzicht ändert die Natur der m. c. donatio nicht; jene Bestimmung würde aber selbst die Zurückforderung im Falle des früheren Todes des Beschenkten ausschließen, was mit der m. c. donatio unvereinbar ist.

7) L. 26. D. (39. 6.)

8) L. 32. D. (39. 6.) Insbesondre wird noch verlangt, daß dem Schenker zur Zeit seines Todes freie Verfügung über sein Vermögen zugestanden habe;

Merkmal bestimmten Begriffes der m. c. donatio folgende Modificationen denken: 1) zugleich willkürlicher Widerruf, wozu die Befugniß sich von selbst versteht oder nicht; 2) zugleich Bedingung des Todes infolge einer bestimmten gegenwärtigen Lebensgefahr oder blos der allgemeine Gedanke des Gebers an seine Sterblichkeit. Durch diese Modificationen werden die Fälle, in welchen eine solche Schenkung ungiltig wird, vermehrt. Bei den Römern wurde der Gedanke des Schenkers bei dieser Schenkung so ausgedrückt, daß der Schenker seinen Erben das Geschenk weniger gönnt als dem Beschenkten, diesem aber weniger als sich selbst[9]). Stand der Empfänger unter fremder Gewalt, so entscheidet die Absicht des Schenkers, ob der frühere Tod des unmittelbar Beschenkten oder vielmehr der dessen, welcher die Gewalt über ihn hat, die Schenkung hinfällig machen soll[10]). Der Schenker kann auch die Giltigkeit der Schenkung nicht von seinem eigenen Tode, sondern von dem Tode eines Dritten abhängig machen[11]); allein wenn auch für diesen Fall der Name m. c. donatio gebraucht wird, so ist doch vielmehr eine gewöhnliche donatio inter vivos vorhanden, nur unter einer besonderen Bedingung. — Die m. c. donatio ist ein gemischtes Geschäft, nicht in dem Sinne des negotium mixtum cum donatione (s. vorigen Artikel), sondern in dem Sinne, daß, je nach dem die Bedingung ausfällt, entweder ein reines Geschenk oder eine reine Obligation stattfindet, beides in den Fällen, wo sofort etwas auf den Beschenkten übertragen worden ist. Die bedingte Obligation ist hier auf Zurückgabe des Empfangenen gerichtet[12]). Die Bedingung selbst, wodurch die Schenkung immer hinfällig werden soll, ist das Ueberleben des Schenkers; möglich ist als zweite entkräftende Bedingung das Ueberstehen einer bestimmten gegenwärtigen Lebensgefahr; als dritte entkräftende Bedingung kommt in der Regel noch hinzu die Reue, die Willensänderung des Schenkers. Jede formlose Offenbarung der Willensänderung genügt zur Vernichtung der Schenkung, wenn nicht Verzicht auf den Widerruf von Seiten des Schenkers erfolgt ist. — Am häufigsten wird die m. c. donatio durch Uebertragung des Eigenthums bewirkt, im alten Rechte durch Mancipation, welcher eine bedingte Obligation auf Zurückgabe hinzugefügt wurde, was durch fiducia oder durch Stipulation oder durch formlose Willenserklärung geschehen konnte, oder durch Tradition[13]); im neuesten Rechte allein

daher eine Capitalstrafe wegen Confiscation des ganzen Vermögens diese Schenkung vernichtet. L. 7. D. (39. 6.) L. 32. §. 7. D. (24. 1.)

9) L. 1. pr. L. 35. §. 2. D. (39. 6.) §. 1. Inst. (II. 7.) Das vulgo dicitur in der zweiten Stelle deutet auf eine alte Rechtsformel hin.

10) L. 23. 44. D. (39. 6.)

11) Beispiele enthalten L. 11. 18. pr. D. (39. 6.)

12) L. 35. §. 3. D. (39. 6.) L. 19. pr. D. (12. 1.)

13) Aus L. 2. D. (6. 2.) von Paulus im Zusammenhange mit L. 1. §. 2. D. eod. geht anscheinend hervor, daß es nicht einmal der Tradition zur Uebertragung des Eigenthums bedurft, sondern dazu der bloße Wille des Eigenthümers genügt habe. Das Gegentheil aber ergeben theils viele andere Stellen, in

durch Tradition. Die Absicht des Schenkers bei der Tradition kann eine doppelte sein. Entweder überträgt er sofort das Eigenthum dergestalt, daß dasselbe im Falle des früheren Todes des Beschenkten durch Resolutivbedingung wieder zurückfallen soll, oder er überträgt den Besitz unter einer Suspensivbedingung, so daß erst im Falle seines eigenen früheren Ablebens das Eigenthum auf den Beschenkten übergehen soll[14]. Für das Erstere streitet die Vermuthung als das Einfachere und Natürlichere, wenn nicht der Schenker ausdrücklich sich für das letztere erklärt hat. Für die im Zweifel anzunehmende Resolutivbedingung spricht auch die Analogie anderer Rechtsinstitute[15]) sowie die Behandlung einer solchen Tradition auf den Todesfall unter Ehegatten, wo wegen des Schenkungsverbotes die sofortige Uebertragung des Eigenthums unzulässig[16]) und demnach nur die Suspensivbedingung möglich ist, dem schenkenden Ehegatten aber freisteht, der durch seinen Tod eingetretenen Suspensivbedingung rückwirkende Kraft beizulegen, d. h. bis zum Zeitpunkte der Tradition zurück, welchenfalls dann alle inzwischen eingetretenen Veränderungen hiernach beurtheilt werden[17]). Diese Beilegung rückwirkender Kraft in diesem Falle versteht sich sogar in der Regel von selbst[18]). Nicht minder wird jene Vermuthung dadurch bestätigt, daß die m. c. donatio, wenn der Schenker Nichteigenthümer ist, in der Regel Usucapion begründet[19]), was nur durch die Voraussetzung erklärt werden kann, daß die Absicht des Schenkers in der Regel auf sofortige Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist. Endlich erhält jene Vermuthung dadurch Bestätigung, daß ein auf den Todesfall ge-

welchen die Tradition, welche, wenn der bloße Wille zu jenem Zwecke genügt hätte, ganz unerheblich gewesen wäre, als die gewöhnliche Form dieser Schenkung dargestellt und hinsichtlich ihrer Wirkung, je nach Verschiedenheit der Umstände zu bestimmen versucht wird, theils Justinian's Bestimmung, daß der formlose Vertrag klagbar sein solle, dessen es nicht beburft hätte, da unter der gedachten Voraussetzung von jeher dem Beschenkten in demselben Falle das Eigenthum, mithin die Vindication, zugestanden hätte. Jene Stelle hat wahrscheinlich den Fall vor Augen gehabt, in welchem die Schenkung durch Mancipation ohne Tradition vollzogen war und vom Beschenkten nach des Schenkers Tode einseitig Besitz ergriffen worden war, wo man nun sagen konnte, er habe das Eigenthum ohne Tradition erlangt; war zufällig der Schenker Nichteigenthümer, so hatte der Beschenkte den Usucapionsbesitz, mithin auch die Publicianische Klage. Die Aufnahme jener Stelle ist also blos ein Versehen der Compilatoren. Savigny a. a. O. S. 245, 246. Im Resultat kommt darauf auch Hasse, im Rhein. Museum Bd. II, S. 348—352 hinaus, obgleich er der Sache eine andere Wendung giebt.

14) L. 2. 29. D. (39. 6.)

15) L. 2. D. (18. 2.) vgl. mit L. 2. §. 4. D. (41. 4.) L. 7. §. 3. L. 9. pr. D. (23. 3) vgl. mit L. 8. D. eod. Ganz entscheidend ist aber L. 1. pr. D. (39. 5.), wo ganz allgemein gesagt wird, die m. c. donatio sei eine donatio, quae sub conditione solvatur. Vgl. Hasse a. a. O. S. 328—331.

16) L. 11. pr. D. (24. 1.)

17) L. 11. §. 1. 2. 9. D. (24. 1.)

18) L. 20. D. (24. 1.) L. 40. D. (39. 6.)

19) L. 13. pr. L. 33. D. (39. 6.)

schenkter Sclave vom Beschenkten giltig freigelassen werden konnte[20]), was ebenfalls sofortigen Uebergang des vollständigen Eigenthums voraussetzt. Nächst der Tradition wurde auch Stipulation zur Begründung einer m. c. donatio gebraucht, in der Art, daß der Schenker irgend eine Sache, gewöhnlich eine Geldsumme mortis causa, d. h. auf den Fall seines eigenen Ablebens, versprach. Eine solche Stipulation war giltig[21]), und daß man diese als giltig ansah, obwohl sie erst gegen den Erben eingeklagt wird, während doch andere Stipulationen dieser Art (post mortem meam) ungiltig waren, hatte darin seinen Grund, daß man die Sache so betrachtete, daß der Schenker verspreche, im letzten Augenblicke seines Lebens (cum moriar) Schuldner sein zu wollen, was man hier wie in anderen Fällen als giltig ansah[22]). Sehr bestritten ist die Frage, ob der formlose Schenkungsvertrag, welchem Justinian gleiche Wirkung, wie der Stipulation beilegt, auch für die m. c. donatio gelte, nicht blos für die gewöhnliche Schenkung. Von den meisten Neueren wird diese Frage verneint, also nur ein auf den Todesfall durch Stipulation gegebenes Versprechen nach Justinianeischem Rechte als verbindlich betrachtet[23]), hauptsächlich mit Rücksicht auf den Grund, wodurch Justinian die dem formlosen Schenkungsvertrage beigelegte Klagbarkeit zu rechtfertigen sucht, nämlich die Unredlichkeit des Schenkers, welcher das gegebene Versprechen wegen der mangelnden Form nicht halten will; ein Grund, welcher auf die m. c. donatio, als in der Regel nach Willkür widerruflich, nicht passe. Mit Recht haben aber Andere jene Frage bejaht[24]). Denn die Vorschrift Justinian's geht allgemein auf alle donationes, worunter als Gattungsbegriff auch die m. c. donatio als einzelne Art fällt. Auch schließt die besondere Natur der m. c. donatio die Richtung der Absicht des Gesetzgebers auf sie nicht aus. Denn die Begründung einer m. c. donatio durch formlosen Vertrag ist theils wegen der Bedingung des Todes, theils wegen der Widerruflichkeit, noch viel unbedenklicher als die einer gewöhnlichen Schenkung, bei welcher sie doch allgemein zugelassen wird. Für das heutige Recht ist diese Streitfrage von untergeordneter Bedeutung; denn aus der durchgängigen Gleichstellung des formlosen Vertrages mit der Stipulation im heutigen Rechte folgt solche auch in Bezug auf die m. c. donatio. Die m. c. donatio kann auch durch Liberation vermittelt werden, nach römischem Rechte durch Acceptilation oder formlosen Ver-

---

20) L. 39. D. (39. 6.)

21) L. 11. D. (33. 4.) L. 34. 35. §. 7. D. (39. 6.) Fest. s. v. mortis causa.

22) Für die Betrachtung aus diesem Gesichtspunkte entscheiden L. 76. D. (23. 3.) L. 15. D. (40. 1.) Andere Erklärungsversuche machen Haubold, opusc. tit. I. p. 459. Hasse a. a. O. Bd. II, S. 324. Letzterer tritt Vangerow, Leitfaden Bd. II, S. 580 bei.

23) Haubold, opusc. tit. I. p. 462. Schröter, in der Zeitschr. Bd. II, S. 132. Hasse a. a. O. Bd. II, S. 310, N. 116.

24) Savigny a. a. O. S. 250, 251. Ihm folgt Sintenis, gem. Civilr. Bd. III, S. 754, N. 6.

trag; nach heutigem Rechte blos durch letzteren. Ohne Acceptation kann dies nicht geschehen, und die Stellen, welche sie auch ohne Acceptation für giltig anzuerkennen scheinen, sind von Fideicommissen zu verstehen, welche im älteren Rechte ganz formlos waren[25]). — Die Rechtsmittel, wodurch der Schenker im Falle der vereitelten Bedingung das Geschenk zurückfordert, sind die Vindication, eine Condiction und die actio praescriptis verbis. Die Vindication steht nur zu, wenn die Sache noch vorhanden ist, es mag der Beschenkte oder ein Dritter sie besitzen; es mag unter einer Suspensivbedingung tradirt oder das Eigenthum gleich anfangs unter Resolutivbedingung übertragen worden sein[26]). Die Condiction ist die condictio ob causam datorum, welche hier nach allgemeinen Grundsätzen dem Geber zustand, weil er Etwas gegeben hatte, damit nach seinem früheren Ableben der Empfänger es habe, dieser Zweck aber vereitelt worden war[27]). Sie steht zu, wenn keine Sache geschenkt, sondern die Bereicherung auf andere Art, wie durch Delegation oder Acceptilation, erfolgt war, oder wenn die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden war. Auch wurde sie im Falle des unter Resolutivbedingung gleich vom Anfang übertragenen Eigenthums von denjenigen verstattet, welche für diesen Fall die Vindication dem Geber noch nicht zugestehen wollten[28]); da diese aber später allgemein verstattet wurde, so fällt die Condiction für diesen Fall weg, da sie durch vortheilhaftere Vindication ersetzt wird. Die actio praescriptis verbis beruht auf dem in der m. c. donatio enthaltenen unbenannten Contracte do ut reddas und wird als Klage zur Zurückforderung des Geschenkes anerkannt[29]). Was die besonderen Wirkungen dieser Klagen anlangt, so ist, wenn die tradirte Sache durch die freie Handlung des Beschenkten untergegangen ist, derselbe jedenfalls dafür zu haften verpflichtet, so daß er nicht, wie der beschenkte Ehegatte durch die Consumtion befreit wird. Er haftet also, wenn er die Sache vernichtet, verzehrt, verschwendet, für ihren Werth, weil er sich wissentlich außer Stand gesetzt hat, den Vertrag auf Zurückgabe zu erfüllen[30]). Wenn die Sache verkauft ist, so kann der Schenker durch die Condiction nach seiner Wahl entweder den gelösten Kaufpreis oder den wahren Werth

---

25) L. 18. §. 2. L. 28. D. (39. 6.)

26) L. 29. D. (39. 6.) enthält beide Fälle. Doch kam im letzteren Falle nach der Meinung einiger Juristen blos die condictio ob causam datorum zur Anwendung; die Gestattung der Vindication ist als die vollständigere Entwickelung des Rechtsinstitutes anzusehen.

27) Ueber die Berechtigung des Gebers zur Condiction waren die römischen Juristen einverstanden, wenn sie auch sonst hinsichtlich der m. c. donatio verschiedener Meinung waren. L. 35. §. 3. D. (39. 6.)

28) Anwendungen der Condiction in diesem Falle kommen vor in L. 52. §. 1. D. (24. 1.) L. 12. D. (12. 4.) L. 38. §. 3. D. (22. 1.)

29) Die in L. 30. D. (39. 6.) erwähnte utilis actio und die in L. 18. §. 1. D. eod. genannte in factum actio ist die in factum civilis oder praescriptis verbis.

30) L. 39. D. (39. 6.)

fordern[31]). Für Beschädigung oder Untergang oder Diebstahl der Sache durch Culpa des Empfängers, haftet derselbe nach den allgemeinen Regeln der actio praescriptis verbis[32]). Die in der Zwischenzeit erzeugten Früchte der geschenkten Sache muß der Beschenkte herausgeben oder in Gelde vergüten, was selbst für die Condiction, also bei vollständig geschehener Uebertragung des Eigenthums, anerkannt ist[33]), umsomehr also für die Vindication gelten muß. Der Ersatz der auf die Sache verwendeten Kosten kann der Empfänger durch doli exceptio erlangen[34]). Bestand die Schenkung in einer bloßen Stipulation oder geschah sie durch Delegation, so steht dem Schenker in beiden Fällen eine Condiction auf die erlangte Bereicherung zu[35]); im zweiten Falle kann der Beschenkte die ihm verschaffte Forderung zurück übertragen; hat er die Forderung vom Schuldner erhoben oder wegen dessen Zahlungsunfähigkeit nur zum Theil erhalten, so restituirt er nur das wirklich Erhaltene[36]). Bestand die Schenkung in einem Erlaß einer Schuld (Acceptilation), so ist stets der volle Nennwerth Gegenstand der Condiction, auch wenn der Empfänger zahlungsunfähig war[37]). — Das bisher von der m. c. donatio Bemerkte beruht auf der Natur eines Vertrages. Der Charakter eines letzten Willens ist darin nicht erkennbar. Der Unterschied der m. c. donatio von dem letzten Willen zeigt sich im neuesten Rechte[38]) noch in der gänzlichen Unabhängigkeit der Giltigkeit der Schenkung von dem Dasein eines Erben dergestalt, daß die Schenkung auch dann bestehen bleibt, wenn das Vermögen erblos wird, während Legate und Fideicommisse regelmäßig nur giltig sind,

31) L. 37. §. 1. D. (39. 6.) Pretium bedeutet hier den wirklich erlösten Kaufpreis; ipsum servum restituere heißt die richterliche Schätzung des Sclaven bezahlen. Daß nicht von dem Falle die Rede ist, wo der Beschenkte noch besitzt und daher die Vindication gegen ihn stattfindet, ergiebt sich daraus, daß vorher von dem Verkaufe des geschenkten Sclaven gesprochen wird. Der Verkauf unter dem wahren Werthe enthält eine partielle Verschwendung und da unter dieser der Geber nicht leiden soll, so steht ihm die Wahl zu. Auch auf den Gewinn durch höheren Kaufpreis hat der Geber Anspruch.

32) L. 17. §. 1. 2. 4. D. (19. 5.)

33) L. 12. D. (12. 4.) L. 38. §. 3. D. (22. 1.)

34) L. 14. D. (39. 6.)

35) L. 76. D. (23. 3.) L. 52. §. 1. D. (24. 1.) Der Grund, warum die vereitelte Bedingung nur eine Condiction begründet, nicht die Stipulation selbst vernichtet, liegt wohl darin, daß die Bedingung des früheren Todes nicht wörtlich ausgedrückt ist; denn wäre dies der Fall, so wäre die Stipulation ipso iure nichtig; die Beifügung der Worte mortis causa konnte dies aber nicht bewirken, sondern nur eine condictio ob causam datorum begründen.

36) L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. (39. 6.)

37) L. 18. §. 1. L. 31. §. 1. 3. 4. D. (39. 6.) Dies tritt auch dann ein, wenn der Schuldner in Ermangelung der Acceptilation ohnehin durch den bloßen Zeitablauf befreit worden wäre. L. 24. D. eod.

38) Der im älteren Rechte vorhandene Unterschied, daß eine solche Schenkung auch derjenige geben konnte, welcher kein Testament errichtete (L. 25. pr. D. (39. 6.), während Erbeinsetzungen und Legate nur in einem Testamente giltig geschehen konnten, ist mit Anerkennung der Fideicommisse verschwunden.

insofern sie sich auf ein wirklich erworbenes Erbrecht beziehen. Auch kann diese Schenkung unter solchen Personen stattfinden, welchen das Recht der testamenti factio fehlt[39]), und wenn Viele hierüber andere Ansichten haben, so hat dies seinen Grund theils in der Verwechselung der testamenti factio mit der davon völlig verschiedenen Capacität, theils in den verschiedenen Bedeutungen des Ausdruckes testamenti factio, dessen eigentliche technische Bedeutung die Römer selbst nicht immer festhalten[40]). Da aber die m. c. donatio in ihrem Zwecke und Erfolge den Legaten verwandt ist, so konnte man sie, sobald die Legate positiven Einschränkungen unterworfen wurden, zur Umgehung dieser Einschränkungen benutzen. Um diesem Mißbrauche zu begegnen, wurden mehrere für die Legate geltenden Einschränkungen auch auf diese Schenkungen angewendet; in welchem Umfange dies geschehen solle, war unter den römischen Juristen bestritten. Justinian sprach sich für eine ausgedehntere Gleichstellung aus, in Ausdrücken, welche Manche auf eine gänzliche Aufhebung dieser Schenkung als eines besonderen Rechtsinstitutes und auf eine völlige Verschmelzung mit den Legaten gedeutet haben[41]). Die Gleichstellung dieser Art der Schenkung mit den Legaten läßt sich entweder auf die äußere Form oder auf die anzuwendenden Rechtsregeln beziehen. Nur den zweiten Punkt hatte der Streit der alten Juristen zum Gegenstande. Justinian spricht von beiden. Was erstlich die äußere Form anlangt, so war seit Einführung der Insinuation, erst für alle, dann für große Schenkungen, die Frage entstanden, ob es der Insinuation auch für die m. c. donatio bedürfe. Der Kaiser erklärt sich gegen die Nothwendigkeit der Insinuation und bestimmt, Jeder könne sie durch Zuziehung von fünf Zeugen entbehrlich machen, wodurch jede solche Schenkung giltig werde. Man kann darin nur finden, daß demjenigen, welcher Todes halber schenken will, die Wahl zwischen der Beobachtung der Form einer Schenkung oder der Codicillarform zusteht; wählt er das Erstere, so muß bei einem Werthe über 500 solidi die Insinuation erfolgen; wählt er das Letztere, so genügt ohne Unterschied des Werthes die Zuziehung von fünf Zeugen, wie bei jedem Codicill. Die Annahme Mancher[42]), daß Justinian die hergebrachte Form der Schenkung hierin ganz aufgehoben und ihr die Zuziehung der fünf Zeugen substituirt habe, welche dazu führen würde, daß es keine Schenkungen Todes halber, sondern nur noch Legate gäbe, bei denen als untergeordnetes Moment bisweilen die Einhändigung der legirten Sache an den Legatar bei Lebzeiten des Erblassers hinzu-

---

39) So unter Peregrinen. Vgl. Savigny a. a. O. S. 259.

40) Vgl. Savigny a. a. O. S. 259, 260 u. N. u.

41) L. 4. C. de donat. causa mortis (VIII. 56. (57.)) §. 1. Inst. (II. 7.) Nov. 87. pr.

42) Dazu gehören Müller a. a. O. §. 27, 28. Wiederhold a. a. O. S. 107—117. Dagegen s. Schröter a. a. O. S. 133 flg. Savigny a. a. O. S. 262 flg.

träte, hat in den Einleitungsworten der Verordnung ihren Grund, während die Verordnung selbst dem Geber die Zuwendung erleichtern, nicht die bis dahin möglichen Formen der Zuwendung beschränken will. Die angefochtene Meinung führt zu der wunderlichen Folge, daß die Insinuation zur Bestätigung der gewöhnlichen Schenkung, des gefährlicheren, bedenklicheren Geschäftes genügen, für die Schenkung Todes halber, das minder gefährliche und bedenkliche Geschäft, aber nicht hinreichen würde. Ebenso ist die Ansicht, daß die Zuziehung der fünf Zeugen eine ganz besondere Form für die Schenkung Todes halber sei, welche mit der Codicillarform gar nicht zusammenhänge, daher auch die Anwendung der übrigen Bestimmungen über Codicille hier unzulässig sei[43]), zu verwerfen[44]). Abgesehen davon, daß die Zurückführung der fünf Zeugen auf die schon bekannte Codicillarform sehr nahe liegt, ist dieselbe um so natürlicher, als seit langer Zeit Legate und Fideicommisse in Codicillen und zwar vor fünf Zeugen errichtet werden konnten, im Eingange der Justinianeischen Verordnung eine Annäherung der m. c. donatio an die Legate ausgesprochen und daran die Bestimmung geknüpft wird, daß fünf Zeugen jede andere Form überflüssig machen sollen. Auch die Bestimmung Justinian's für die großen Schenkungen unter Ehegatten, daß zu deren Bestätigung nicht der Tod allein genügen, sondern Bestätigung entweder durch Insinuation oder durch suprema voluntas, d. h. durch Testament oder Codicill, erforderlich sein solle[45]), spricht dafür. Eine Folge der Zurückführung der fünf Zeugen auf die Codicillarform ist, daß jede privilegirte Codicillarform die fünf Zeugen ersetzt, namentlich der mündliche Auftrag an den gerade gegenwärtigen Erben[46]). Jedenfalls müßte eine ohne Zuziehung von fünf Zeugen errichtete m. c. donatio, wenn sie auch als solche nicht gelten sollte, wenigstens als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, des Inhaltes, daß der Erbe alles bewirke, was die beabsichtigte m. c. donatio enthielt; im praktischen Erfolge kommt dies dann mit einer vom Anfange an rechtsgiltig errichteten m. c. donatio auf Eins hinaus. Selbst die von dem Erblasser in einem förmlichen oder privilegirten Codicill getroffene Verfügung: „ich schenke hierdurch dem Titius auf den Todesfall 1000 Thlr." würde zwar als Schenkung wegen mangelnder Annahme ungiltig sein, aber dennoch als Legat oder Fideicommiß aufrecht erhalten werden müssen[47]), weil über die Absicht des Erblassers kein Zweifel ist, auf die gebrauchten Ausdrücke aber nach dem Buchstaben und Geiste des Justi-

43) Dieser Ansicht ist Schröter a. a. O. S. 144, 150.

44) Vgl. Hasse, im Rhein. Museum Bd. III, S. 410. Savigny a. a. O. S. 263 flg.

45) L. 25. C. (V. 16.)

46) A. M. ist Schröter a. a. O. S. 150. S. dagegen Savigny a. a. O. S. 265.

47) Savigny a. a. O. S. 265. A. M. ist Schröter a. a. O. S. 146.

nianeischen Rechtes nichts ankommt[48]). Was zweitens das materielle Verhältniß der m. c. donatio zu den Legaten betrifft, d. h. die Frage, ob dieselben Rechtsregeln für beide Rechtsinstitute maßgebend seien oder nicht, so bestimmten Einiges darüber kaiserliche Verordnungen; die Juristen stritten über die beschränktere oder erweiterte Anwendung der von den Legaten geltenden Vorschriften auf diese Art der Schenkung. Justinian trat der Meinung derjenigen alten Juristen bei, welche für die erweiterte Anwendung waren und gab seinen Willen theils dadurch zu erkennen, daß er in die Digesten nur die Stellen der von ihm gebilligten Partei der alten Juristen aufnehmen ließ, die der Gegner aber wegließ, theils dadurch, daß er im Codex und in den Institutionen die höhere Gleichheit beider Institute als allgemeines Resultat hinstellte[49]). Die Rechtsbücher erläutern sich hierin einander; wenn im Codex und

---

48) L. 21. C. (VI. 37.) L. 1. 2. C. (VI. 43.) §. 2. 3. Inst. (II. 20.) Wenn auch nach älterem Rechte auf die gebrauchten Ausdrücke mehr ankam, selbst bei den Fideicommissen (Ulp. Fragm. tit. XXV. §. 2.), so wurde doch schon nach diesem in ähnlichen Fällen ein giltiges Fideicommiß angenommen; der Ausdruck dono galt für fideicommitto. L. 75. L. 77. §. 26. D. (31.)

49) Die Aussprüche Justinian's selbst lassen darüber keinen Zweifel. Vgl. darüber die weitere Ausführung bei Savigny a. a. O. S. 266 flg., N. b. Am bedenklichsten ist die Aeußerung in §. 1. Inst. (II. 7.) Hae m. c. donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Da aber in derselben Stelle des Streites der Juristen darüber erwähnt wird, ob die m. c. donatio als donatio oder als Legat zu behandeln sei und darauf hinzugefügt wird: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, so ergiebt sich daraus unzweideutig der Sinn, daß die Gleichstellung beinahe in allen Punkten aber doch nicht durchgehends erfolgt ist. Auch Nov. 87. pr. spricht sich über die Gleichstellung nur in unbestimmten allgemeinen Ausdrücken aus. Auch die zu Justinian's Zeit und die kurz nach ihm lebenden Juristen haben die Gesetzgebung nicht alle in dem Sinne einer völligen Gleichstellung aufgefaßt Theoph. Paraphr. Inst. lib. II. tit. 7. §. 1. sagt zwar: *αὗται δὲ αἱ* mortis causa *δωρεαὶ ἐοίκασι ληγάτοις διὰ παντός*; dann aber referirt er den Streit der alten Juristen und Justinian's Verordnung darüber mit den Worten: *ταύτην δὲ τέμνουσα τὴν φιλονεικίαν προῆλθε διάταξις τοῦ ἡμετέρου βασιλέως, θεσπίζουσα, κατὰ πάντα σχεδὸν ἐξισοῦσθαι αὐτὴν τοῖς ληγάτοις.* Das *σχεδὸν* faßt er nun zwar so auf, daß er einen Unterschied der m. c. donatio von den Legaten nur noch darin findet, daß erstere unter Lebenden geschieht; allein für uns ist diese Erklärung des *σχεδὸν* nicht wichtig, sondern eben die Art, wie er die Gleichstellung referirt, woraus hervorgeht, daß sie keine durchgängige gewesen sei. Isidorus in der Summe der L. 4. C. de donat. causa mortis (Sch. *Ἰσιδώρου*; *Ἡ διάταξις* Basil. ed. Heimb. tit. IV. p. 614.) sagt am Ende: *ὥστε οὖν σήμερον ἡ μόρτις καῦσα δωρεὰ εἰς τελευταίαν πέπτωκε βούλησιν.* Es bezieht sich dies aber, wie aus dem Vorhergehenden sich ergiebt, theils auf die Codicillarform, theils darauf, daß die m. c. donatio die Wirkungen letzter Willen haben soll. Athanasius in der epit. Novell. tit. VII. const. 4. sagt in dem Auszuge der Nov. 87.: *ἡ μόρτις καῦσα δωρεὰ ληγάτῳ προσέοικε*, was Heimbach iun. übersetzt: mortis causa donatio legato aequiparatur. Allein das *προσέοικε* drückt keine durchgängige Gleichstellung, sondern nur eine große Aehnlichkeit aus; richtiger würde übersetzt werden: m. c. donatio legato persimilis est. Geradezu für Identität beider Institute spricht sich nur Theodorus im Breviar. Novell. Nov. 87. n. 1. aus: *ἡ μόρτις καῦσα δωρεὰ ληγάτον ἐστίν.*

in den Institutionen eine unbestimmte Gleichstellung ausgesprochen worden ist, so werden deren Inhalt und Grenzen durch die Digesten näher bestimmt. Keineswegs darf man die Sache so ansehen, als wäre in den Digesten blos eine anfangende, theilweise erfolgte Gleichstellung, welche dann im Codex eine durchgängige geworden wäre. Es wäre doch auch in der That sonderbar gewesen, wenn Justinian, nachdem er seine Constitution über die m. c. donatio im September 530 erlassen hatte, in die erst später bearbeiteten Digesten nach dem Titel de mortis causa donationibus hätte aufnehmen lassen, wenn er eine absolute Gleichstellung beider Institute beabsichtigt hätte. Gewiß würden die Compilatoren, wenn das der Sinn der kaiserlichen Verordnung gewesen wäre, dies in den Digesten auf dem Wege einer Interpolation zu bemerken ebensowenig unterlassen haben, als bei den Legaten und Fideicommissen, indem sie an die Spitze der davon handelnden Bücher eine aus Ulpian's Commentar zum Edicte entlehnte Stelle stellen: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [50]), die gewiß ursprünglich nicht so gelautet hat. Es wäre dann der Absicht Justinian's besser entsprochen worden, wenn die Bücher 30—32 der Digesten die Rubrik de legatis et fideicommissis et mortis causa donationibus erhalten hätten. Es kann hiernach eine Gleichstellung nur in den Fällen behauptet werden, in welchen solche durch die Digesten und frühere kaiserliche Verordnungen ausdrücklich anerkannt ist; diese Beschränkung ist um so nothwendiger, als es an Verschiedenheiten, welche die Rechtsquellen fortwährend anerkennen, nicht fehlt [51]). Die einzelnen Fälle der Gleichstellung sind folgende: 1) die Incapacität der Ehelosen und Kinderlosen wurde auf die m. c. donatio ausgedehnt [52]), ist aber im neuesten Rechte aufgehoben [53]), so daß die Erwähnung jener Ausdehnung auf die m. c. donatio in den Digesten wohl blos auf einem Versehen der Compilatoren beruht, sie müßten denn dabei an die auf kaiserlichen Constitutionen beruhende Unfähigkeit der Ketzer und Abtrünnigen zum Erwerbe von Erbschaften und Schenkungen gedacht haben, die im heutigen Rechte auch wegfallen würde. 2) Das Recht des Erben zum Abzug der Falcidischen Quart ist durch eine Constitution von Sept. Severus auf

50) L. 1. D. (30.) Allerdings enthält L. 37. pr. D. (39. 6.) auch einen ebenso allgemeinen Ausspruch hinsichtlich der m. c. donatio; allein die Stelle ist aus Ulpian's Commentar zur Lex Iulia et Papia entlehnt und enthält somit nur die auf die Incapacität des coelebs und orbus bezügliche Gleichstellung. Savigny a. a. O. S. 268, N. b.

51) Vgl. die ausführliche Darlegung der hier angenommenen Meinung bei Schröter a. a. O. S. 139 flg., welcher auch S. 116 flg. die fortwährenden Unterschiede aufgeführt hat.

52) L. 35. pr. D. (39. 6.) Vgl. L. 9. 10. 33. D. eod. früher war dies schon durch das SC. Pegasianum hinsichtlich der Fideicommisse geschehen. Gai. Inst. Comm. II. §. 286.

53) L. un. §. 14. C. (VI. 51.)

die m. c. donatio erstreckt worden[54]). Dies hatte zur Folge, daß man die der Falcidischen Quart zum Grunde liegende höhere Regel, daß alle Legate und Fideicommisse, insoweit sie den Werth der Erbschaft selbst übersteigen, ipso iure nichtig sind, welche so lange auf die m. c. donatio keine Anwendung fand, als solche als außerhalb der Grenzen der Erbschaft liegend betrachtet wurde, nunmehr, seitdem man die m. c. donatio, wegen der Falcidischen Quart in die Erbschaft hineinzog, auch auf diese Art der Schenkung anwendete, was zugleich zur Folge hatte, daß auch die Gläubiger des Verstorbenen die m. c. donatio insoweit als nichtig anfechten konnten, als ihre Schuldforderungen dadurch gefährdet wurden, z. B. daß sie nicht nöthig hatten, die Pauliana actio für diesen Fall anzustellen und die unredliche Absicht ihres Schuldners zu beweisen[55]). 3) Die usufructuarische Caution muß, wie bei dem legirten Usufructus, so auch bei einem mortis causa geschenkten Nießbrauche bestellt werden[56]), was zwar insofern nichts Eigenthümliches ist, als diese Caution auch bei einem durch Vertrag bestellten Nießbrauche erzwingbar ist[57]), wohl aber insofern als diese Caution des Legatars vom Erblasser nicht erlassen werden darf[58]), worin die m. c. donatio den Legaten gleichsteht, während bei einem durch einen anderen Vertrag bestellten Nießbrauche Erlaß der Caution von Seiten des Eigenthümers zulässig ist. 4) Der Erlaß der einer Erbeinsetzung oder einem Legate beigefügten Bedingung eines Eides und der Schutz, welcher dem Willen des Erblassers durch zweckmäßige Rechtsformen gewährt wird, findet auch bei der m. c. donatio Anwendung, was so zu denken ist, daß sich der Schenker von dem Beschenkten die Rückgabe nicht blos unter der gewöhnlichen Bedingung dieser Schenkung versprechen zu lassen hat, sondern auch noch für den Fall, dafern der Beschenkte es unterlassen würde, irgend eine Handlung eidlich zu versprechen[59]); der Eid wird nun erlassen, die Handlung gilt aber als Modus. 5) Die Befugniß der Söhne unter väterlicher Gewalt, über das castrensische Peculium zu testiren, also Erben oder Legatare zu ernennen, ist auf m. c. donationes erstreckt worden[60]). 6) Der auf den

---

54) L. 5. C. (VI. 50.) L. 2. C. de donat. causa mortis (VIII. 56. (57.)) Eine bloße Consequenz war, daß auch durch den Tod bestätigte Schenkungen unter Ehegatten dem Abzuge unterworfen wurden. L. 32. §. 1. D. (24. 1.) L. 12. C. (VI. 50.)

55) L. 17. D. (39. 6.) Auch die dort allgemein lautenden Worte: quia legatorum instar obtinent, haben nur den Sinn, daß in dieser besonderen Beziehung Gleichstellung der m. c. donatio mit den Legaten anerkannt werden soll.

56) L. 1. §. 2. D. (VII. 9.)

57) L. 1. §. 2. D. (7. 9.) L. 4. C. (III. 33.)

58) L. 7. C. (VI. 54.)

59) L. 8. §. 3. D. (28. 7.)

60) L. 15. D. (39. 6.), wo die Worte: et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt, auch nur von einer Gleichstellung in dieser besonderen Beziehung zu verstehen sind. Dorotheus im index dieser Stelle (Sch. Ἐν τοῖς Basil. Heimb. tit. IV. p. 601.) versteht die Stelle falsch, wenn er

Todesfall Beschenkte kann mit einem Fideicommisse belastet werden[61]), was zwar insofern keine Gleichstellung mit den eigentlichen Legaten ist, als auch derjenige, welcher mit einem Fideicommisse bedacht wird oder eine mortis causa capio erhält, ebenso belastet werden kann[62]), wohl aber insofern als eine durch Todesfall, also durch den Willen eines Verstorbenen, bedingte Succession zu einer solchen Belastung erforderlich ist[63]), so daß dadurch die m. c. donatio unter die Kategorie solcher Successionen gestellt und von den reinen Verträgen in einer wichtigen Wirkung unterschieden wird[64]). 7) Die bonorum possessio contra tabulas eines präterirten suus oder emancipatus vernichtet alle Erbeinsetzungen und Legate, mit Ausnahme der den Descendenten und Ascendenten des Erblassers bestimmten Erbtheile und Legate; dieselbe Folge sowie die erwähnte Ausnahme ist auch auf m. c. donatio ausgedehnt worden[65]). Ob dies heutzutage noch praktisch ist, hängt davon ab, wie man die Gesetzgebung der Nov. 115. c. 3. 4. ansieht, ob dem alten Rechte gänzlich derogirend oder das alte Recht für präterirte sui und emancipati nicht berührend. — In anderen als den angegebenen Fällen, in welchen die Gleichstellung der m. c. donatio mit den Legaten unzweifelhaft ist, darf eine solche Gleichstellung ungeachtet der scheinbar allgemein lautenden Stellen des Codex und der Institutionen nicht angenommen werden. Eine solche Gleichheit wird sogar in manchen Fällen bestimmt verneint, z. B. findet die Indignität wegen der Anfechtung des Testamentes, welche auf Erbschaften und Legate geht, keine Anwendung auf die m. c. donatio[66]). Auch die Zulässigkeit einer unwiderruflichen m. c. donatio würde bei einer absoluten Gleichstellung in Abrede gestellt werden müssen, da Legate entschieden nie unwiderruflich gemacht werden können; dennoch aber kann nicht nur nach den Digesten, sondern auch nach dem Novellenrechte auf den Widerruf bei der m. c. donatio verzichtet werden[67]). — Von den positiven Einschränkungen der Schenkung findet das Verbot unter Ehegatten auf die m. c. donatio keine

---

davon spricht, daß Paulus gesagt habe, durch eine Constitution sei die m. c. donatio in Allem den Legaten gleichgestellt worden.

61) L. 11. D. (33. 4.) L. 77. §. 1. D. (31.) L. 8. §. 2. D. (2. 15.) L. 1. C. de donat. causa mortis. (VIII. 56. (57.)) L. un. §. 8. C. (VI. 51.)

62) L. 96. §. 4. D. (30.)

63) L. 1. §. 6. D. (32.) L. 9. C. (VI. 42.)

64) Die Behauptung von Schröter a. a. O. S. 116, daß die Befugniß des Schenkers, den Beschenkten mit einem Fideicommisse zu belasten, aus der Widerruflichkeit der m. c. donatio von selbst folge, indem das auferlegte Fideicommiß nur ein partieller Widerruf sei, ist nicht zu billigen, da der Widerruf eine Handlung des Lebenden ist, das Eigenthümliche aber, was aus der bloßen Natur des bedingten Vertrages nicht erklärt werden kann, in der Verbindlichkeit des erst nach dem Tode bekannt gewordenen fideicommissarischen Willens liegt. Savigny a. a. O. S. 275.

65) L. 3. pr. L. 5. §. 7. L. 20. pr. D. (37. 5.)

66) L. 5. §. 17. D. (34. 9.)

67) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. D. (39. 6.) Nov. 87. pr. c. 1.

Anwendung[68]). Dagegen muß die m. c. donatio, wenn ihr Gegenstand mehr als 500 solidi werth ist, entweder insinuirt oder durch die Form eines Codicills bestätigt werden; sonst ist sie in Ansehung des Uebermaßes nichtig und diese Nichtigkeit kann der Erbe geltend machen. Die Widerruflichkeit der m. c. donatio wegen Undankes kann umsoweniger zweifelhaft sein, als sie von Seiten des Schenkers schon ihrer Natur nach nach Willkür widerrufen werden kann; ein Verzicht des Schenkers auf diese Willkür macht die Schenkung für ihn nicht bindender als es jede Schenkung unter den Lebenden ist, und kann ihm daher das Recht zum Widerrufe wegen Undankes nicht nehmen. — In den meisten Fällen liegt der m. c. donatio ein Vertrag zum Grunde. Die bei Schenkungen unter Lebenden möglichen Fälle einer Schenkung ohne Vertrag können aber auch bei der m. c. donatio zur Anwendung kommen[69]). — Nicht zu verwechseln mit den Schenkungen auf den Todesfall sind die im älteren teutschen Rechte so häufig vorkommenden **Vergabungen von Todeswegen**[70]), welche sich durch ihre Unwiderruflichkeit von ersteren unterscheiden. Nichtsdestoweniger haben die älteren Juristen das teutschrechtliche Institut aus Unkenntniß seiner Natur häufig mit diesen Schenkungen verwechselt und die von letzteren geltenden Grundsätze mit Unrecht auf das erstere übertragen. Spuren dieser irrigen Ansicht finden sich noch in einzelnen Partikularrechten[71]).

Heimbach sen.

Schiffs- und Seerecht. Die Bezeichnung dieses Artikels ist unrichtig, weil sie unlogisch ist und weil der nachstehende Inhalt ihr nicht entspricht. Das Unlogische derselben wird klar, wenn man erwägt, daß die Lehre von den Schiffen einen Theil des Seerechtes bildet. Daß im Nachstehenden nicht das ganze Seerecht übersichtlich behandelt wird, leuchtet Jedem ein, der in diesem Rechtslexikon mehrere in das Seerecht gehörige Artikel bereits gefunden hat, z. B. Bodmerei, Havarie. Allein jener Verstoß gegen die Logik dürfte dadurch entschuldigt sein, daß es auch

---

68) L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. D. (24. 1.)

69) Vgl. die umständlichere Ausführung bei **Savigny** a. a. O. S. 278—280.

70) Vgl. den Artikel **Erbvertrag** Bd. IV, S. 37.

71) Diese Verwechselung liegt z. B. der **kursächs.** Const. I. P. III. zum Grunde. Die Beziehung auf das sächs. Landr. Bd. II, Art. 30 sowohl als der Gebrauch der Ausdrücke: alle seine Güter auf den Todesfall weggeben, ergiebt, daß von den Vergabungen von Todes wegen eigentlich die Rede ist, welche das Gesetz, dafern sie das ganze Vermögen ohne irgend einen Vorbehalt zum Gegenstande haben, donationes omnium bonorum mortis causa als in den Rechten genannt bezeichnet. Aus dieser Verwechselung beider Institute erklärt sich 1) das Verbot des Abzuges des Falcidischen Viertels bei Schenkungen Todes halber; 2) die Nothwendigkeit der gerichtlichen Errichtung der Schenkungen des ganzen Vermögens auf den Todesfall; beides ist auch in die S. Weimarsche Gesetzgebung übergegangen. **Weim. Eis.** Patent v. 20. Jan. 1809.

Schiffe giebt, welche die See[1]) nicht befahren und daß das in Bezug auf diese geltende Recht nicht unter den Begriff des Seerechtes sich bringen läßt. Wiederum sollte angedeutet werden, daß die Lehre von den Flußschiffen und dem Flußschifffahrtsrechte hier nicht berücksichtigt worden, daß vielmehr, außer den bereits gegebenen seerechtlichen Artikeln, die gesammte Lehre von der Seeschifffahrt, soweit diese dem Privatrechte angehört, in übersichtlicher Darstellung Gegenstand dieses Artikels ist.

Die Lehre von der Flußschifffahrt kann hier füglich ausgeschlossen bleiben, weil sie nur insofern etwas Besonderes hat, als seerechtliche Analogieen (z. B. bei der Fracht, bei dem Connossemente) in ihr Anwendung finden und als, je nach örtlichem Bedürfnisse, partikularrechtliche Satzungen gelten.

Hiermit wäre die Bezeichnung unseres Artikels so ziemlich gerechtfertigt; wir wollen nur noch hinzufügen, daß wir das ausländische Seerecht nur in der Literatur, das partikularrechtlich inländische nur in der Quellenangabe berücksichtigt haben. Wir verweisen hier auf Pöhls Darstellung des Seerechtes Th. I, S. 7 flg. Soetbeer, Schifffahrtsgesetze sowie Handels- und Schifffahrtsverträge verschiedener Staaten im Jahre 1847. Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 14 flg.

Die Quellen des Seerechtes sind im allgemeinen die des Rechtes überhaupt, nämlich aus der Gewohnheit erkennbares Recht, Gesetze, Recht der Wissenschaft und das gemeine teutsche Recht ist auch für das gemeine teutsche Seerecht Rechtsquelle; jedoch sind die Satzungen des gemeinen Rechtes über obligatorische Verhältnisse vielfach durch besondere seerechtliche Quellen modificirt, als welche man die mittelalterlichen Seerechtsbücher betrachten darf; nämlich die sogenannten Rhodischen Seegesetze, die Assisen und Gewohnheiten des Königreiches Jerusalem, die rooles ou iugemens d'Oléron, das Seerecht von Damme oder von Westcapelle, die Gewohnheiten von Amsterdam, Enchuysen, Stavern, das Seerecht von Wisby, das Consolato del mare, der guidon de la mer, das hanseatische Seerecht.

Partikularrechtlich teutsche Seerechtsquellen sind: I. das österreichische Seerecht; II. das preußische Seerecht; III. die seerechtlichen Bestimmungen für 1) Hannover, 2) Mecklenburg, 3) Oldenburg, 4) Holstein-Schleswig, 5) Bremen, 6) Lübeck, 7) Hamburg.

Ferner sind als partikularrechtlich teutsche Seerechtsquellen die Schifffahrtsverträge anzusehen, welche von einzelnen teutschen Staaten untereinander oder mit nichtteutschen Staaten geschlossen worden, worüber die Gesetzsammlungen und Regierungsblätter der einzelnen teutschen Seestaaten zu vergleichen sind, welche man aber am vollständigsten bei einander findet in der Bibliothek des Hamburgischen Commercium.

---

1) Kaltenborn (Grundsätze des prakt. europ. Seerechtes) macht Bd. I, S. 1 die richtige Bemerkung, daß das Wort „Meer" im Teutschen als technischer Ausdruck nicht gebraucht wird.

Wir wenden uns nunmehr zur Literatur des Seerechtes. Diese ist folgende:

(A. Lange). Brevis introductio in notitiam legum nauticarum et scriptorum iuris reique maritimae. Lubecae 1713.

E. Meyer. De historia legum maritimarum medii aevi celeberrimarum. Gott. 1824. 4.

(L. M.) Baiot. Résumé des lois anciennes et modernes sur la marine. Par. 1841.

G. G. (Roult). Discours sur le droit maritime ancien, moderne, françois et étranger, civil et militaire, et sur la manière de l'étudier. Brest. 1782. Par. 1786.

L. Piantanida. Della giurisprudenza marittima-commerciale antica e moderna. 3tmi. Milano 1806—8. 4.

Corpus iuris nautici oder Sammlung aller Seerechte der bekanntesten handelnden Nationen alter und neuer Zeiten, nebst den Assecuranz-, Havarei- und anderen zu den Seerechten gehörenden Ordnungen, zusammengetragen und in's Teutsche übersetzt von J. A. Engelbrecht. I. (u. einz.) B. Lübeck 1790. 4.

D. A. Azuni. Origine et progrès du droit et de la législation maritime av. des observations sur le Consulat de la mer. Par. 1810.

I. M. Pardessus. Collection de lois maritimes antérieures au 18. siecle. 6tms. Par. 1828—45. 4.

Libro del consolato de' marinari, nel quale si comprendono tutti gli statuti et ordini disposti da gli antichi per ogni caso di mercantia, ò di navigare cosi à beneficio de' marinari, come de' mercanti et patron de' nauilij. Con l'aggiunta delle ordinationi sopra l'armate di mare, sicurtà, entrate et uscite Venet., F. Lorenzini, 1564. 4. (Herausgegeben von G. B. Pedrezano.)

Codigo de las costumbres maritimas de Barcelona, hasta aqui vulgarmente llamado Libro del Consulado; nuevamente traducido al castellano con el texto lemosin restituido á su original integridad y pureza, é ilustrado con varios apéndices, glosarios y observaciones históricas p. A. de Capmany y de Monpalau. Madr. 1791. 4.

Apendice á las costumbres maritimas del libro del consulado. Madr. 1791. 4.

Il consolato del mare, colla spiegazione di G. M. Casaregi. In questa nuova impressione ricoretto dagli errori delle precedenti edizioni, accresciuto di note a ciascun capitolo de' Consolati di Barcellona, Venezia e Genova, ed arricchito per la prima volta di citazioni, di autorità e decisione moderne. Bassano 1788. 4.

Dasselbe Werk. — In questa nuova impressione, oltre tutto ciò che trovasi nelle edizioni di Firenze, Luca e Livorno vi sono aggiunte le leggi venete attinenti a questa materia, e il tanto interessante ai negozianti Portolano del mare. Venez. 1806. 4.

Il consolato del mare etc. Het Consulaat van de zee, waar in begreepen zyn alle de keuren en ordonnantien by de ouden gemaakt, aangaande alderly gevallen des koophandels en zeevaart. Nieulyks uyt het italiaans in het nederduyts vertaalt en doorgaans na het origineel catalaans verbetert, verklart etc. (d. A. Westerveen). Leyden 1704. 4. Mit italienischem Texte neben der Uebersetzung.

Consulat de la mer, ou pandéctes du droit commercial et maritime faisant loi en Espagne, en Italie, à Marseille et en Angleterre, et consulté partout ailleurs comme raison écrite. Traduit du catalan en français, d'après l'édition originale de Barcelonne de l'an 1494, p. P. B. Boucher. 2tms. Par. 1808.

(E. Clairac.) Les us et contumes de la mer, divisées en 3 pts.: 1) de la navigation; 2) du commerce naval et contrats maritimes; 3) de la iurisdiction de la marine. Rouen 1671.

Dyt ys dat högeste vnde öldeste water recht, dat de gemene Kopmam vnd Schippers geordinert vnde gemaket hebben tho Wissby, dat sick eynn yder (de thor Sewert vorkeret) hyr na richten mach (Holzschnitt). Gedruckt jn der Keyserliken Stadt Lübeck dorch Jurgen Richolff Wanhafftich in der Mölenstraten. Int jar 1537. Kl. 8.

Dit ys dat högeste vnnd öldeste Waterrecht, dat de gemene Kopmann vnd Schippers georderneert vnd gemaket hebben to Wissbü, dat sick ein yder (de thor Seewert vorkert) darna richten mach (Holzschnitt). Am Schlusse: Hyr endet sick dat Godtlandische Waterrecht, dat de gemene Köepman vnd Schyppers geordineret vnd gemaket hebben tho Wyssbü, dar sick eyn yder na rychten mach. Vnd getrüwlick yn dat Düdesche gesettet vnd Gedrückt Dörch Johan Balhorn, Anno 1564. Kl. 8.

Dith ys dat högeste vnde öldeste Water-Recht, dat de gemenen Koeplüde vnde Schippers geordinert vnde gemaket hebben tho Wissbü, dat sick ein yder, de thor Seewert handelt, hyrna richten mach (Holzschnitt). Am Schlusse: Hyr endet sick dat Godtlandische Waterrecht etc. Vnde trüwlich yn dat Sassesche gesettet vnde gedrücket tho Lübeck dorch Johan Balhorn, Anno 1575. 12.

Zee-rechten, dat is: dat hoogste ende oudtste Gotlandtsche water-recht, dat de ghemeene kooplieden ende schippers geordineert ende gemaeckt hebben tot Wisbuy. Waer nae hem een yegelyk die ter zeewaert verkeeren, reguleren mach. Met grooter neerstigheydt gecorrigeert ende na de oude originele copye gebetert. Amsterdam 1707. 4.

Llibre de consolat dels fets maritims. Ara novament corregit y emendat ab algunes declaracions de paraules als margens, y de nou afegits al fi alguns capitols, y crides, y un privilegi etc. Essent consols de la Lotja de la mar los magnifichs misser Francesch Çaragossa Doctor en drets ciutada de Barcelona, y mosen Pere Benet mercader, y deffenedors mosen Balthasar masdeu, y mosen Bernat Camp Llonch mercaders ciutadans de Barcelona. (Holzschnitt: das Wappen von Barcelona und

ein Schiff.) Estampat en Barcelona Any MDLXXXXII. (Am Schlusse: en casa Sebastia de Cormellas.) 4.

Libro del consolato, nuovamente stampato con la gionta delle ordinationi sopra legni armati, o sicurtà, e cerca lentrate & uscite. Et vi si comprendono statuti e boni ordini. Da gli antichi disposti per ogni caso di mercantia, o di navicar, pertinenti a mercantia, patroni di navilii & a marinari. In Venetia al signo della Torre. 1549. (Am Schlusse: Stampato in Vinegia per Giovanni Padoano, ad instantia de Giuan Battista Pedrezzano. 1549.) 4.

Il consolate del mare; nel quale si comprendono tutti gli statuti, et ordini: disposti da gli antichi, per ogni caso di mercantia & navigare: cosi a beneficio di marinari, come di mercanti & patroni di nave & navilij. Con l'aggiunta delle ordinationi sopra l'armate di mare, sicurtà, entrate, uscite & con il portolano del mare. Di nuovo con quella più accurata diligentia, che s'è potuto corretto & ristampato. Con una nuova tavola de i capitoli. In Venetia, appresso Lucio Spineda. 1599. 4.

Capitula et ordinationes curiae maritimae nobilis civitatis Amalphae, quae in vulgari sermone dicuntur la tabula de Amalfa, nec non consuetudines civitatis Amalphae. Napoli 1844. F.

B. Strauss. Praes. I. Nerger. Dissert. ad ius maritimum spectans. Wittenb. 1639. 4.

(I.) F. Stypmann. Tractatus de iure maritimo et nautico, completus in lucem editus opera A. G. Fritzii. Gryphisw. 1652. 4.

P. Peckius. In litt. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes commentarii, quibus nunc accedunt notae c. ampla dote variarum circa rem navalem observationum beneficio A. Vinnii; item leges navales et ius navale Rhodiorum, gr. lat., quod uberius quam antea, nova hac editione, summariis et notis illustratum addidit et edidit I. Laurentius. Amstelod. 1668.

B. G. Kramer. Praes. S. Stryk. De iure navium. 1668. (Halae) 1679. 4.

F. Roccus. Tractatus de navibus et naulo, item de assecurationibus notabilia, accedunt eiusdem selecta responsa. Ed. nova priore emendatior (cura A. Westerveen). Ultraiecti 1710.

— — Merkwaardige aanmerkingen vervat in 2 tractaaten, waar van het eene is handelende over schepen, vragtgeldern, en het andere over assurantien ofte verzekeringen, mitsgaders eenige uytgesogten gewysdens; uyt het latyn en italiaans, als mede het reglement der assurantie en haveryen v. de stad Hamburg, uyt het hoogduyts vertaalt, en met verscheide aanmerkingen en annotatien opgeheldert d. J. Feitama. Amsterd. 1737. 4.

I. P. Boppo. Praes. I. Amsel. De singularibus iuris maritimi, germ. v. denen besonderen See- und Schiffrechten. 1722. Regiom. 4.

I. R. E. Compendium iuris maritimi oder kurzer Auszug des Seerechtes aus den wißbyschen, dänischen, hänsischen, lübischen, hambur-

gischen und anderen See= und Wasserrechten genommen und zusammen=getragen. Lpz. 1725. 4.

J. E. Zschackwitz. Gründliche Nachricht von dem Handlungs=wesen, sowohl der vormaligen als jetzigen Zeiten, sämbtlichen Völkern der Welt, worinnen zugleich verschiedene Stellen der römischen und griechischen Geschicht=Schreiber erleutert, anbey gewiesen wird, worinnen das See= und Schiff=Recht eigendlich bestehe. Lpz. 1736.

Scriptorum de iure nautico et maritimo fasciculus, I. F. Stypmanni ius maritimum et nauticum, R. Kuricke diatriben de assecurationibus et I. Loccenii ius maritimum complexus. Praefationem praemisit I. G. Heineccius. Halae 1740. 4.

H. Wedderkop. Introductio in ius nauticum. Flensb. 1757. 4.

Biblioteca di gius nautico, contenente le leggi delle più culte nazioni ed i migliori trattati moderni sopra le materie marittime, illustrati con note interessanti; il tutto tradotto in lingua italiana (da F. Rau, A. Rivani e G. Sella). 2tmi. Firenze 1785. 4.

F. J. Jacobsen. Seerecht des Friedens und des Krieges in Bezug auf die Kauffahrteischifffahrt. Altona 1815.

— — Laws of the sea w. reference to maritime commerce during peace and war. From the german by W. Frick. Baltimore 1818.

M. Pöhls. Darstellung des Seerechtes nach gemeinem und hamburgischem Rechte und nach den Gesetzen der vorzüglichsten han=delnden Staaten Europa's und Amerika's. 4 Thle. (Darstellung des Handelsrechtes. 3. B. in 4 Thln.) Hamburg 1830—33.

T. van Teylingen. De iure navigationis et vectigalibus. Lugd. Batav. 1711. 4.

I. I. Abbink. Het zeeregt en de zeeassecurantiewetten aller volken. 1—3. deel. Amsterd. 1847. 48. 52.

E. v. Kaltenborn. Grundsätze des praktischen europäischen Seerechtes, besonders im Privatverkehre, mit Rücksicht auf alle wichtige=ren Partikularrechte, namentlich der nordteutschen Seestaaten, besonders Preußens und der Hansestädte, sowie Hollands, Frankreichs, Spaniens, Englands, Nordamerika's, Dänemarks, Schwedens und Rußlands. 2 Bde. Berl. 1851.

G. P. Smits. De albo nautarum (de Monsterrol.) Lugd. Batav. 1851.

Archiv für das Handelsrecht. Hamburg 1818—1820. 2. Bde. 8.

Asher's Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechtes (aus der nachstehenden Zeitschrift) 3 Thle. 8. Hamburg 1836/1837.

Asher's Zeitschrift (Monatsschrift) für Politik, Handel und Handelsrecht. 3 Thle. 1834/1835.

Kirchenpauer's Zeitschrift für Politik, Handel und Handels=recht nebst Rechtsfällen. Hamburg 1836/1837. 4 Bde. 12.

Auswahl handelsrechtlicher Streitfälle verhandelt vor dem Bremi=schen Handelsgericht. Bremen 1851. 1. Heft. 8.

Heise und Cropp, juristische Abhandlungen. 2 Bde. 8. Hamburg 1827/1830.

Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck in Hamb. Rechtssachen. Hamburg (seit dem Jahre 1843) 8.

Sammlung desselben Gerichtes in Bremischen Rechtssachen. Bremen. 8.

C. Targa. Ponderazioni sopra la contrattazione marittima. Genova 1750. 4.

— — Reflexiones sobre los contratos maritimos, sacadas del derecho civil y canonico, del Consulado del mar y de los usos maritimos. Traducida del idioma ital. al español p. I. M. Giron. Madr. 1753. 4.

I. Krahmer. De navi et navigatione. Heidelb. 1661. 4.

A. Groddeck. Praes. G. Barth. Exercitium legale de magistro navis. 1694. Lps. 4.

Der wohl instruirte Schiffer. Hamburg 1732.

Der wohl unterwiesene Schiffer, oder Unterricht, was derselbe vor, während und nach abgelegter Reise zu beobachten hat, nebst einem Anhange, in welchem Formulare verschiedener Schiffs-Documente ꝛc. Bei dieser Auflage neu bearb. v. J. A. Engelbrecht. Lübeck 1792.

Den vel-instruerede Skipper etc. Forøget med den hele danske Søe-Ret, Efterretning om det danske Loootsvaesen, og Udtog af de Anordninger, som vedkommer Søefarten etc. Kjobnh. 1776.

I. van Hall. Dissertatio historico-iuridica 1. et 2. de magistro navis. (Dissert. 1. Praes. van Reenen.) Amstelod. 1822.

J. F. Marquardt. Handbuch für Seeschiffer und Schiffsrheder. 2 Thle. Danzig 1831.

M. Bock. Praes. I. I. Wissenbach. De exercitoria actione. Franeq. 1650. 4.

A. Temminck. De exercitoria actione. 1663. Bas. 4.

C. W. Schaller. De actione exercitoria. 1793. Hlmst. 4.

F. C. v. Büren. Praes. C. a Rheden. De facto illicito nautae quatenus nocet dominis mercium. 1717. Bremae. 4.

F. Vasmer. De admiralitate. Argent. 1674. 4.

I. I. Surland. De litteris maritimis, vulgo v. Zee-Briefen. 1715. Groningae. 4.

H. A. Martennsen. Haandbog for Skippere og Sohandlende. 2. forbedr. og meget forogede Oplag, med et Tillaeg. Kiobenh. 1822.

Codice per la veneta mercantile marina, approvato dal decreto dell' eccellentissimo senato 21. septembre 1786. Venezia 1786. 4.

I. E. R. (ingströ)m. Sjölags-och seglations lexicon. 2 delar. Stockh. 1816.

E. W. Symons. The law relating to merchant seamen, arranged chiefly for the use of masters and officers in the merchant service. 3. ed. Lond. 1844.

G. Anckelmann. De L. 1. §. 1. Dig. de exerc. act. (14. 1.) Magistrum navis accipere debemus cui cura totius navis mandata est. Berol. 1848

M. S. de Loezen. De iure navali, nec mercatoribus, nec aliis civibus, sed nautis et opificibus (den gelehrten und zünftigen Schiffsleuten), lib. et. imp. civitatis Lindaugiae in mari suevico seu lacu bodamico iuxta statuta privative et solitarie competente; cum connexis, 1782. Erlangae. 4. Mit Karte.

E. T. v. Soden. Praktisches Handbuch für Schiffscapitäne in Havarie-Angelegenheiten. 2. Auflage. Hamburg 1853.

Q. Weytsen. Tractaet van avaryen. Van nieuw oversien en — — verrykt d. S. van Leeuwen. Amsterd. 1707. 4.

— — Tractatus de avariis, denuo perlustratus, atque allegatione legum, iure consultorum, edictorum etc. ditatus p. S. a Leeuwen; latina vero toga indutus atque amplissima dote observationum adauctus studio atque opera M. de Vicq. Amstelod. 1672.

T. Schröder. De avaria, germanice v. Haverey-Recht. 1676. Altd. 4.

R. C. a Derschau. Praes. I. H. Hoyer. De havaria. 1700. Regiom. 4.

I. Slicher. De avariis. 1716. Lugd. Batav. 4.

M. Lübeck. De iure avariae singulari dissertatio. C. annotatis autoris. Regiom. et Lps. (1719.) 12.

H. Kellinghusen. Praes. I. H. Böhmer. De discrimine tempestatis marinae, v. Seeschaden, occasione L. 3. Cod. de nautico foenore. 1709. Halae 1721. 4.

I. M. Brunings. Praes. D. G. v. d. Keessel. De avaria. Lugd. Batav. 1773. 4.

I. H. Fricke. Comparatio iuris nautici rigensis et hamburgensis antiqui in materia havariarum. Kiliae (1773). 4.

C. N. Hoppe. Praes. S. Stryk. De collisione navium, von An- und Uebersegelung der Schiffe. 1708. Halae. 4.

I. Schultze. De contributione iactus. Bas. 1647. 4.

M. Cuhmann. Praes. G. Werner. De contributione propter iactum vulgo avaria. Helmst. 1665. 4.

I. Schnobel. Ad tit. D. de lege rhodia de iactu. 1661. Aureliae. 4.

H. v. Aschen. De lege rhodia de iactu et eius contributione. 1664. Argent. 4.

I. D. Kettler. Praes. N. C. Lyncker. De lege rhodia de iactu. 1679. Ienae. 4.

C. v. Bynkershoek. Ad. L. ἀξίωσις IX. de lege rhodia de iactu liber singularis et de dominio maris dissertatio. Hag.-Batav. 1703.

I. Louis. Ad L. Deprecatio 9. de lege rhodia de iactu. Franeq. 1713. 4.

I. B. Iacobsen. Ad legem rhodiam de iactu. 1729. Groning. 4.

L. A. v. Bostel. De contributione propter iactum marinum vulgo havaria. 1735. Argent. 4.

F. M. Klefeker. Von der Havarei-Grosse oder extraordinaire, besonders nach den Gesetzen und Gewohnheiten der Reichsstadt Hamburg. Gött. 1798.

P. D. W. Tonnies. Ueber Avarie-Grosse und über die nothwendige Abhilfe häufiger Mißbräuche bei derselben 2c. Hamburg 1823.

— — Dasselbe Werk. Mit Nachträgen und Belegen. 2. verb. und mit vielen Zusätzen vermehrte Auflage. Hamburg 1823.

M. Pöhls. Bemerkungen über Havarie-Grosse nach Principien des Rechtes und der Handelspolitik, und mit besonderem Hinblick auf einige Erörterungen der neuesten Zeit. Hamburg 1823.

— — Zusätze zu seinen Bemerkungen über Havarie-Grosse. Nebst einem Anhange, enthaltend eine vergleichende Zusammenstellung der beständigen Bedingungen sämmtlicher activen Assecuranzcompagnieen der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen, soweit sie das Verhältniß zum Versicherten betreffen. Hamburg 1824.

D. W. Tonnies. Beleuchtung der Schrift des Herrn M. Pöhls: Bemerkungen über Havarie-Grosse 2c. Nebst einem Anhange über die Vortheile der vorgeschlagenen Usance: Frei von Avarie-Grosse 2c. Hamburg 1823.

Stevens and Benecke. Treatises on average, and adiustments of losses in marine insurance. W. notes by W. Phillips. Boston 1853.

C. A. Grodbeck. Entwurf eines Gesetzes über Havarieen, Versicherungen gegen See- und Stromgefahr und Bodmereien und Motive dazu. Danzig 1848. 4.

L. R. Baily. General average, and the losses and expenses resulting from general average acts, practically considered. Lond. 1851.

I. D. v. Büren. Praes. N. C. Lyncker. Dissert. de bodmeria ex utroque iure desumta. 1679. Ienae. 4.

C. G. Vegesack. De periculi pretio ad L. 5. ff. de nautico foenore. 1678. Giessae. 4.

I. Kentzler. Dissert. exhibens bodmeriam. Aureliae 1683. 4.

H. Rademin. Praes. H. Bodino. De bodmeria. 1697. Halae. 4.

L. Loyson. Praes. I. H. Feltz. De foenore nautico. 1700. Argent. 4.

I. Clericatus. Quaestio de nova specie cambii maritimi. Venetiis 1711. 4.

M. H. Hudtwalcker. De foenore nautico romano. Hmbg. 1810. 4.

W. Benecke. System des See-Assecuranz- und Bodmereiwesens. Vollständig und zeitgemäß umgearbeitet von V. Nolte. 2 Bde. Hamburg 1851, 52.

J. J. Surland. Grundsätze des europäischen Seerechtes. Hannover 1750.

Editto politico di navigazione mercantile austriaca in data di Vienna, il di 25. Aprile 1774. Ristampato nel Maggio 1816. Trieste. M. 1 K.

Entwurf des ersten Buches eines österreichischen Seerechtes, enthaltend das öffentliche Seerecht. Wien 1840. (Teutsch u. italienisch.)

K. preußisches Seerecht d. d. Berlin d. 1. Dec. 1727. Königsb. 1728. 4.

J. L. l'Estocq. Auszug der Historie des allgemeinen und preußischen Seerechts und der damit verbundenen römisch-teutschen Rechte, bei gelegentlicher Erläuterung L. 1. Cod. de naufragiis zusammengetragen, nebst beigefügtem uralten in preußischen Urkunden befundenen See- oder Wasserrechte, auch R. F. v. Sahme, Einleitung zum Seerechte des Königreichs Preußen, und Vorrede. Königsberg 1747. 4.

A. Mirus. Das Seerecht und die Flußschifffahrt nach den preußischen Gesetzen, mit Rücksicht auf die wichtigsten fremden Seegesetzgebungen systematisch bearbeitet. 2 Bde. Leipzig 1838, 39.

Der vhralten Hansischen verwantnuss Stetten, auff dero anno 1591 binnen Lübeck gehaltenen algemeinen Hansetage bewilligte Schipffs Ordnung. Deren sich die Schipffs Redere, Schipffer v. Boessleute hinfürter verhalten sollen. Lübeck, Asswerus, Kröger, 1592. 4.

Ships-rechten ende ordonnantien, gheordonneert ende gemaect in de vergaderinge v. de seer oude hanzesteden, op den 'alghemeynen hanzendagh, gehouden binnen Lubeke, in den Jare 1591. Lübeck, Asswerus Kröger, 1592. 4.

Der Erbaren Hansee-Städte Schiffs-Ordnung und Seerecht. Deren sich ihre Bürger, sonderlich die Schiffs-Redere, Befrachtere, Schiffer und Schiffsvolk zu verhalten. Von newen vbersehen und gebessert, vnd vnter gewisse Titul ausgetheilet (v. 23. May 1614). Lübeck 1614. 4.

2. Dieselben Werke. Hamburg 1635. 4. u. 1661. 4.

1. Dasselbe (mit einem Anhange). Bremen 1688. 4.

R. Kuricke. Ius maritimum hanseaticum olim germanico tantum idiomate editum, nunc vero etiam in latinum translatum et ad singulos titulos eorumque articulos commentariis et dissertationibus iuridicis, politicis, historicisque illustratum etc. Access. diatribe de assecurationibus etc. Hmbg. 1667. 4.

Revidirter Articuls-Brief und Instruction, wornach sich der hamburgische Commandeur der Convoye ꝛc. zu richten. Hamburg 1677. 4.

Reglement v. des bestellten Wasser-Schouts in Hamburg Ampt und Verrichtungen (v. 31. Aug 1691). Hamburg. 4.

Revidirtes Reglement des Wasser-Schouts nebst der revidirten Musterrolle. Public. d. 5. Dec. 1766 u. renov. d. 27. Sptbr. 1816. Hamburg. 4.

Neue Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk. Public. d. 5. Dec. 1766 u. revidirt d. 23. März 1786. Hamburg. 4.

Extract derselben, welcher die vorzüglichsten Obliegenheiten der Leichterschiffer und Everführer enthält. Hamburg. 4.

Reglement, wonach sich der Dispacheur bei dem Commercio, in Abmachung der Havarien zu richten hat (v. 1705). Hamburg 1706. 4.

H. Langenbeck. Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und Seerecht, wie solches in den 13—19 Tituln des anderen Theiles des Stadtbuches enthalten und die dahin gehörigen Rechte der Admiralität, Assecurance, Avarie, Dispache, Pilotage, des Schiffbaues, der Strand- und Bergung, Düpe und Haven, wie auch der grönländischen Fahrt. Nach dieser Stadt, wie auch allgemeinen und verschiedener Nationen uralten, alten und jüngeren Seerechten. In dieser 2. Aufl. mit vielen Zusätzen und Verbesserungen aus des Verf. eigenen Handschriften, samt prämittirten Summarien und beigefügter hamb. neuen Assecuranzordnung vermehret. Hamburg 1740. 4. (Erste Ausgabe Hamburg 1727. 4.).

P. Gerckens. Delibata quaedam ad tit. 16. part. 2. statutorum hamburgensium de havaria. 1721. Groning. 4.

I. P. Soltau. Praes. F. G. Zoller. De eo quod iustum est circa havariam particularem secundum statutum hamburgense p. 2. tit. 17. et 19. 1774. Lps. 4.

I. F. Krüger. Praes. I. Werlhof. De iudicio admiralitatis hamburgensis. 1709. Hlmst. 4.

Revision der Musterrolle und des Reglements für den Wasserschout. Antrag an die Bürgerschaft v. 10. Dec. 1846. 4. (Hamburg).

(G.) A. Soetbeer. Einige Bemerkungen über den am 10. Dec. 1846 der Bürgerschaft vorgelegten Entwurf einer revidirten Musterrolle. (26. Jan. 1847.) Hamburg 1847.

(A. J. Gütschow.) Gutachten eines praktischen Seemannes über einen Entwurf einer neuen Musterrolle. Hamburg 1847.

Entwurf des österreichischen Privatseerechtes für die Provinzen, in welchen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Wirksamkeit hat. Wien 1848.

Musterrolle — Verordnung über die Stellung der Mannschaft auf den Seeschiffen und Disciplinarordnung für dieselbe. — Reglement des Wasserschouts. (Antrag des Senates an die Bürgerschaft am 27. Dec. 1849.) Hamburg. 4.

Hamburg. Seefahrtsbuch. Enth.: Auszug aus dem Reglement des Wasserschouts. — Fassung der Musterrolle. — Verordnung über die Stellung der Mannschaft auf den Seeschiffen und Disciplinarordnung für dieselbe. Hamburg.

C. A. Grodddeck. Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Schiffsrheder, der Schiffer, der Schiffsmannschaften und der Befrachter. Danzig 1849. 4.

Entwurf zu einer revidirten Seemannsordnung. Hamburg 1853. 4.

Obrigkeitliche Verordnung, die Pflichten und Rechte der auf Bremischen Seeschiffen fahrenden Seeleute und die Musterrolle betreffend. Bremen 1852.

H. R. Hinrichs. Vier Tabellen über die Monatsgelder der Seefahrenden. (Hamburg) St. Pauli 1852.

(Philipp's, König v. Spanien.) Ordoñantie van de zee-vaert, beroerende: toerustinghe van schepen, die zee-rechten, versekeringhe ende assecurantie, 1563. Antwerpen. 4.

T. v. Glins. Aenmerckingen ende bedenckingen over de zee-rechten uyt het placcaet v. koninck Philips 1563 etc. Amsterd. 1665. 4.

J. Tiassens. Zee-politie der Vereenigde Nederlanden. 2. druk, door den auteur verbetert ende by nae de helft vergroot. s'Gravenhage 1670. 4.

t'Boeck der zee-rechten, inhoudende dat hooghste ende oudtste godtlantsche water-recht, dat de gemeene kooplieden ende schippers geordeneert ende ghemaeckt hebben tot Wisbuy. De zee-rechten gemaeckt by keyser Carel etc. Mitsgaders de schips-rechten, gemaeckt by de oude hanze-steden. De willekeuren en costuymen van de binnenlants-vaerders etc.; item van de buytenlandts-vaerders etc. Eeen korte instructie ende ordonnantie voor de commissarissen t'Amstelredamme van de zee-vaert. In dese laetste druck noch vermeerdert met een nieuwe ordonnantie van t' pael-geldt. En het tractaet van avaryen, gemaeckt by Q. Weytsen. Amsterd. 1662. 4.

Zee-Rechten, inhoudende dat oudtste en hooghste water-recht, dat de gemeene kooplieden en schippers hebben gemaakt in Wisbuy etc.; noch zyn bygevoegt de willekeuren van de buyten — en binnelands — vaarders van Amsterdam etc., de tolrolle in den Orizondt voor de onderdanen der Vereenigde Nederlanden, de instructie voor de commissarissen van de zeewaart etc. en het tractaat van avaryen, gemaakt by Q. Weysten. Amsterd. 1693. 4.

Ordonnantie van de buiten-lands-vaarders op Rouen, London, Hamburg, Bremen etc. Amsterd. 1702. 4.

Ordonnantie der kamer van assurantie en avarye der steden Amstel-dam, Rotterdam, Middelburgh etc. 1707. 4.

Keuren en ordonnantien op het groot binnenlands-vaarders en buiten-lands-vaarders gild. Amsterd. 4. (Zwei verschiedene Ausg.)

Ordre op het laden en lossen der schepen voor schippers, lichter-luyden, kaagschippers en schuytevoerders (d. 25. Jan. 1752.) Amsterd. 4.

A. Verwer. Nederlandts zeerechten, avaryen, bodemeryen, begrepen in de gemeene costumen v. der zee etc. ende daerenboven in eene verhandeling nopende het recht der hollantsche bodemeryen etc. 3. druk; vermeerderd en verbeterd. Amsterd. 1730. 4.

P. Sanderus. Beredeneerd vertoog over de vorderingen v. contributie, op de eigenaars, afladers, of geconsigneerden v. verlorene goederen, als avarijegrosse over schip en lading, en over de thans daaromtrent plaats hebbende practijk bij de hollandsche assurantiekameren. Amsterd. 1802.

M. H. Jacob. Ueber Schiffe und deren Rechtsgang nach dem niederländischen Handelsgericht. M. S. 4.

F. Canter Alta. De lege nautica roterodamensi A. 1721 comparata cum codice ad locum de collisione navium. Lugd. Batav. 1852.

Nederlandsche wetgewing op de scheepvaart, of verzameling van wetten, besluiten, enz, de scheepvaart betreffende. Uitgeg. door W. C. I. van Hasselt. 3. deelen. Amsterd. 1842. 43.

Den Danske Søraet, Som — — Her Frederick den Anden, Danmarckis, Norgis, Wendis oc Gottis Konning etc. Lod udgaa, Aar effter Guds byrd 1561. Den menige Søfarende Mand til beste. Huor effter huer Skipper, Skibsfolck, oc andre som bruge deris Handel til Søes, skulle skicke dennem inde Skibs Borde oc wden. Wdi huilcken oc findis Huorledis her effter skal holdis om Vrag. Kiøbenh. 1590. 4.

Dat denische Seerecht, dat de Grodtmechtigste Hochgeborne Förste vnde Here, Her Frederick de Ander, van Gades gnaden, tho Dennemarken, Norwegen, der Gotten vnde Wenden Köninck etc. Hefft vthghan lathen, In dem Jare na Gades gebordt, 1561. Dem gemenen Seeuarenden Manne thom besten: Wor na sick ein Jder Schipper, Schepesuolk, vnde ock andere, de ehren Handel thor Seewardt brwken, beide binnen vnde buten Schepesbordt schicken vnde holden schölen. Man vindet hirinne, wo men sick hirnamals mit den Wraken holden schol. Erstlick mit K. Mt. Fryheit tho Kopenhagen gedrucket, Dörch Lourens Benedict. Vnde nu in gewandtlyke Sassische sprake gebröcht dörch P. K. (Auf der Rückseite das Wappen.) Am Schlusse: Gedrücket tho Rostock By Johan Stöckelman, vnde Andream Gutterwitz. 1572. Kl. 8.

Sweriges Rykes Siö-Lagh som aff Könung Carl XI. stadgat wardt 1667. Götheberg 1668.

Der Reiche Schweden Seeh-Recht, welches v. — — Carlln dem Elfften, der Schweden, Gothen und Wenden König rc., verordnet worden 1667. Wismar 1670. 4.

J. A. Flintberg. Anmärkningar till Sweriges Rikes Sjö-Lag jämte Författningarne till närwarende tid (1815), om hwarje å utrikes ort wistande swensk och norrsk Consuls skylldigheter och rättigheter, i afseende på Sjöfart och Handel. 3. tillökta Uplage. Stockh. 1815. 4.

— — Schwedisches Seerecht, mit Anmerkungen, welche die neueren dahin einschlagenden Verordnungen enthalten, nebst einer Nachweisung über die Obliegenheiten der schwedischen Consuln und die ihnen gebührenden Consulatabgaben; a. d. Schwed.; mit einer Vorrede von E. F. Hagemeister. Greifswald 1796. 4.

En dansk Søret fra det 16 de Aaarhundrede. Udgivet of J. L. A. Kolderup-Rosenvinge. Kjøbenh. 1830. 4.

R. Z (o u c h). Descriptio iuris et iudicii militaris nec non iuris et iudicii maritimi, ad quam quae navigationem et negotiationem maritimam respiciunt, referuntur. Oxoniae 1640. 4.

A general treatise of naval trade and commerce, as founded in the laws and statutes of this realm etc. To which are added the 2 treaties, concluded at Madrid 1667 and 1670 between the kings of Great Britain and Spain. 2 vlms. Lond. 1740. 39.

A collection of all such statutes and parts of statutes, as any way relate to the admiralty navy, and ships of war, and other incidental matters. Lond. 1742. 4.

The laws, ordinances and institutions of the admiralty of Great Britain, civil and military. Interspersed w. dissertations, notes and comments. 2 vlms. Lond. 1767.

C. M o l l o y. De iure maritimo et navali, or a treatise of affairs maritime and of commerce. 8. ed., w. many valuable additions. Lond. 1744.

T. P a r k e r. The laws of shipping and insurance, w. a. digest of adjudged cases. Lond. 1775. 4.

An abstract of the sea-laws as established in most kingdoms of Europe, but more particularly in England and Scotland. Lond. 1704.

J. J. M a x w e l l. The spirit of marine law, or compendium of the statutes relating to the admiralty. Alphabetically arranged. Lond. 1800.

A. B r o w n e. A compendious view of the civil law, and of the law of the admiralty. 2. ed., w. great additions. 2 vlms. Lond. 1802.

Formulare instrumentorum: or, a formulary of authentic instruments, writs and standing orders, used in the high court of admiralty of Great Britain of prize and instance. Perused and approved as correct by J. Marriott. Lond. 1802.

C. A b b o t (Lord Tenterden). A treatise of the law relative to merchant ships and seamen. Lond. 1802.

— — A treatise of the law relative to merchant ships and seamen. In 5 parts: 1. of the owners of merchant ships; 2. of the persons employed in the navigation of merchant ships, and the conveyance of passengers therein; 3. of collision; 4. of the carriage of goods in merchant ships; 5. of the wages of merchant seamen. 6. 8. ed. by W. Shee. Lond. 1840. 47.

J. J. R e e v e s. The law of shipping and navigation, form the time of Edward III. to the end of the year 1806. 2. ed. w. additions. Lond. 1807.

F. L. H o l t. A system of the shipping and navigation laws of Great Britain and of the laws relative to merchant-ships, and seamen, and maritime contracts. 2 vlms. Lond. 1820.

T. A. Trollope. A treatise on the mortgage of ships, as affected by the registry acts; and on the proper mode of effecting mortgages on property of this nature; and on the liabilities of the mortgagee. Lond. 1823.

J. Reddie. An historical view of the law of maritime commerce. Edinb. and Lond. 1841.

J. J. Wilkinson. The law of shipping as it relates to the building registry, sale, transfer, and mortgage of british ships, including the registry and trading of ships built in India, with an appendix. Lond. 1843.

F. P. Maude and C. E. Pollock. A compendium of the law of merchant shipping, w. an appendix, containing all the statutes of practical utility. Lond. 1853.

J. Lees. The laws of shipping and insurance, embodying the new navigation act. w. a copious appendix, containing the existing statutes, custom-house and pilots regulations, forms of deeds and writs etc. New. ed. Lond. 1850.

Ordonnance de Louis XIV. donnée à Fontainebleau au mois d'Aoust 1681, touchant la marine. Par. 1681. 4.

Ordonnance de la marine du mois d'Aoust 1681. Commentée et conferée sur les anciennes ordonnances, le droit romain et les nouveaux réglements. Par. 1714. 4.

Ordonnantie v. Louis de XIV., koning v. Vrankryk en Navarre, gegeven te Fontainebleau in de maand Augustus 1681, rekende de zee-kaken. Uit het frans vertaalt. Amsterd. 1702. 12.

Ordonnance du roi concernant la marine du 25. Mars 1765. Par. 1765. 4.

Ordonnances et réglements concernant la marine. Par. 1786.

R. I. Valin. Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'Août 1681. 2tms. Nouv. éd., revue, corrigée et augmentée. Rochelle 1776. 4.

(J. B.) Boucher. Institution au droit maritime, ouvrage complet sur la législation maritime, ayant pour base l'ordonnance de 1681, à la quelle sont adaptées les lois de l'ancien et du nouveau régime; des réflexions, des jugemens étayés des autorités les plus respectables etc. Par. an XII. (1803). M. Boucher's Portrait.

Sanfourche-Laporte. Le nouveau Valin, ou code commercial maritime. Revue et approuvé p. P. B. Boucher. Par. 1809. 4.

P. S. Boulay-Paty. Cours de droit commercial maritime, d'après les principes et suivant l'ordre du code de commerce. 4 tms. Rennes et Par. 1821—23.

A. Beaussant. Code maritime ou lois de la marine marchande, administratives, de commerce, civiles et pénales, réunies, coordonnées et expliquées. 2 tms. Pars. 1839. 40.

Das französische Seerecht. Frei übersetzt nach der 4. Auflage von Pardessus, cours de droit commercial, und mit Noten begleitet von A. Schiebe. Bremen 1840.

L. B. Hautefeuille. Code de la pêche maritime ou commentaire sur les lois et ordonnances, qui regissent la pêche maritime. Par. 1844.

Traité des contrats de louage maritime. 2tms. Par. et Orléans 1744.

Bravard-Veyrières. Notions préliminaires à l'explication du droit maritime. Par. 1838.

R. J. Valin. Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681. Av. des notes coordonnant l'ordonnance, le commentaire et le code de commerce, p. V. Becane. Par. 1829. 4.

L. B. Hautefeuille. Marine marchande. Décret disciplinaire et pénal du 24. Mars 1852 expliqué et commenté. Par. 1852.

Russisch-kaiserliche Ordnung der Handelsschifffahrt auf Flüssen, Seen und Meeren. Aus dem Russischen von C. G. Arndt. 2 Thle. St. Petersburg 1781, 82. 4.

C. Abbot (Lord Tenterden). A treatise on the law relative to merchant ships and seaman. W. the copious annotations by J. Story. 3. american ed., improved ay a digest of american decisions subsequent to Story's notes. Exeter 1822. 8. ed. by W. Shee Lond. 1847.

I. Schuback. De iure littoris; vom Strandrechte. 1750. Gott. 4.

— — Commentarius de iure littoris. Vom Strandrechte. Hambg. 1751. F.

— — Collectaneen zur Herausgabe seines Werkes vom Strandrechte. 4. M. S.

Vom Strandrechte. J. T. J. Schuback's Abhandlung vom Rechte des Strandes, aus dem Latein. übersetzt (von M. A. Wodarch). Auf Kosten der Deputation des Hamburgischen Commercii herausgeg. von J. Greilich. 2. Thl. Verbesserungen und Zusätze nebst Beilagen und Kupfer zum ersten Theile. Hamburg 1767, 81. 4.

I. C. H. Dreyer. Specimen iuris publici lubecensis, quo pacta conventa et privilegia, quibus Lubecae per omnem propemodum Europam circa inhumanum ius naufragii est prospectum, ex authenticis recens., ius maritimum lubecense ab Alberto de Bardewic compositum a. 1299 ex membranis edit. etc. Buezovii et Wismariae (1762). 4.

Strandrecht und Privilegia der Insel Heiligeland. 4. M. S.

König Georg von Großbritannien ꝛc. Verordnungen wegen des Strandrechtes. Stade d. 1. Mai 1724. 4.

J. G. Büsch. Darstellung des in den nördlichen Gewässern üblichen, insonderheit des schleswig-holsteinischen Strandrechtes. Hamburg 1798.

Strandordnung für die Herzogthümer Schleswig und Holstein, die Herrschaft Pinneberg, Grafschaft Ranzau und Stadt Altona. Kopenhagen d. 30. Dec. 1803. Kopenhagen. 4.

Verordnung des Strandrechtes in Ihro k. Majest. zu Dänemark, Norwegen 2c. Reichen und Landen (vom 21. Mai 1705). Altona 1729. 4.

I. Schele. De iure naufragii colligendi. 1674. Argent. 4.

H. Engenhagen. Praes. G. N. Schleenstein. De compendio naufragiorum. 1677. Wittenb. 4.

I. D. Kettler. Praes. I. Kämpffer. Ius appulsus, das ist Strandt- oder Grundruhr-Recht. 1680. Ienae. 4.

H. Rhode. Praes. I. S. F. Boehmer. De servaticio quod vulgo Berge-Lohn vocant. 1743. Halae. 4.

F. J. Jacobsen. Ueber Contracte in Betreff von Berglohn, auf Veranlassung der Selbstentleibung des Capitains R. Schaldon vor der Insel Helgoland. Altona 1821.

Strandungsordnung für das Königreich Hannover vom 24. Juni 1846. Hannover 1846.

Gesetzsammlung für das Königreich Hannover. Jahrg. 1846. 1. Abthlg. Nr. 23. — Strandungsordnung, d. 24. Juni 1846. Hannover 1846. 4.

Der Verkehr auf dem Wasser geschieht vermittelst Fahrzeuge. Sofern diese Fahrzeuge nicht blos horizontal an einander befestigte Baumstämme oder Balken, in welchem Falle sie Flöße heißen, sondern mit einer gewissen Kunstfertigkeit verfertigt sind, heißen sie ohne Rücksicht auf ihre Größe Schiffe. Die von den Schiffen geltenden Grundsätze lassen sich auf die Flöße daher nur analogisch anwenden. Bei Schiffen, welche Ströme und Meere befahren, sind in rechtlicher Beziehung der Kiel und der Rumpf des Schiffes die Haupttheile. Bei solchen Flußschiffen, die der Seichtigkeit des Flusses wegen, mit flachem Boden, ohne Kiel gebaut sind (Kähne), fallen alle diejenigen Bestimmungen weg, die unter Voraussetzung eines Kieles gelten. Als wesentliche Theile eines Schiffes sind anzusehen: die Masten, das Inholz, die Barchhölzer, das Steuerruder, die verschiedenen Decke, der Raum, die Porten, Duchten, die Spille, alle Blöcke, die Wanten, Takel, Segel, Anker; ferner alles was niet- und nagelfest ist. Alles was zu einem Schiffe in der Art gehört, daß dieses ohne dasselbe unvollständig sein würde, gilt als Theil desselben. Auch das Boot gehört aus diesem Grunde zu den Theilen des Schiffes. Die L. 44. D. de evict. (XXI. 2.) steht dem nur scheinbar entgegen. Denn allerdings ist das Boot nicht in dem Sinne Theil des Schiffes, daß es membrum desselben genannt werden kann, und aus diesem Grunde ist es erklärlich, daß die Frage, ob bei der Eviction des Bootes das bei der Eviction des Schiffes selbst gegebene Rechtsmittel deshalb anwendbar sei, weil solches Rechtsmittel nicht blos wegen des Ganzen, sondern auch wegen seiner Theile stattfinde, bei strengwörtlicher Interpretation zu verneinen war, weil das Boot weder dem Schiffe äußerlich eingefügt, noch aus demselben erzeugt

ist. Allein das Boot ist Pertinenz des Schiffes, gerade so wie die Anker, die Haken, Staken und andere Schiffsgeräthe und sofern Pertinenzien überhaupt als Theile der Hauptsache betrachtet werden, so ist auch das Boot Theil des Schiffes. Will man diese Auffassung als richtig nicht gelten lassen, dann wird man mindestens zugeben, daß die gegentheilige Ansicht nicht nur die Bestimmungen der meisten Partikularrechte, sondern auch die naturalis ratio gegen sich hat, wie auch die allgemeine der römischen entgegenstehende Rechtsansicht der beim Seeverkehre Betheiligten [2]).

Ueber die Frage, wann ein Schiff durch Reparaturen sein bisheriges Dasein einbüßt und ein neues erlangt vgl. Pöhls a. a. O. S. 44, 45.

Ob Schiffe zu den Mobilien oder Immobilien zu zählen seien, ist eine noch immer unerledigte Streitfrage. Die ältere teutsche Rechtsansicht [3]) stellte sie dem unbeweglichen Gute gleich; seit dem 17. Jahrhunderte sind sie in mehreren Gesetzgebungen ausdrücklich zu den Mobilien gezählt worden [4]); an anderen Orten ist man seit der Verdunkelung der teutschrechtlichen Ansicht in's Schwanken gerathen. Mehrere Schriftsteller wollen die Immobiliareigenschaft nur für die Kriegsschiffe gelten lassen, nicht aber für Kauffahrer. Allein ohne Grund [5]) zählt man diese zu den Mobilien und man stößt hierbei auf allerlei praktische Schwierigkeiten, so daß man genöthigt ist, Ausnahmen zu gestatten, z. B. an Orten, wo der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, gilt. [6]).

Das Schiff mit seinen accessorischen Theilen heißt casco (corps) im Gegensatze von Ladung (cargo, facultés).

Ueber Namen und Nummer als Erfordernisse für Schiffe siehe Kaltenborn a. a. O. S. 83.

Jedermann ist berechtigt, zum Zwecke des Handels, für den Dienst der Wissenschaft, im Interesse der Cultur und Civilisation, zu seinem Vergnügen, sich Schiffe bauen zu lassen, mit Ausnahme von Kriegsschiffen, die ohne obrigkeitliche Erlaubniß zu bauen und bauen zu lassen, den Unterthanen verwehrt ist.

Der Vertrag über den Schiffbau ist entweder eine locatio conductio operis zwischen dem Bauherrn (Bestäder, Besteller) und dem Bauübernehmer, Baumeister (Annehmer), oder eine locatio conductio operarum zwischen dem Bestäder und den Werkleuten. In der Regel soll dieser Vertrag schriftlich abgeschlossen werden, in welchem Falle die ihn

---

2) Vgl. Kaltenborn, prakt. europ. Seer. Bd. I, S. 82, N. 7. A. M. Pöhls, Seerecht Th. I, S. 44.

3) Die sich z. B. in den älteren Hamb. Stadtrechten findet, 1270, I, 13. 1292, C. 9. 1497, II. 8.

4) Vgl. Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 82, N. 9.

5) Vgl. Götting. gelehrt. Anz. Jahrg. 1852 S. 395, 396.

6) Vgl. Rechtsfälle zu Asher's Hamb. Monatsschrift für Politik u. Handel Jahrg. I, S. 245 fld.

enthaltende Urkunde der Mählbrief heißt. — Außer dem Mählbriefe ist 1) der Bielbrief oder Beylbrief hier zu bemerken, der das obrigkeitliche Attestat über den Bau eines bestimmten Schiffes enthält; 2) der Meßbrief, ein obrigkeitliches Attestat über die Größe des Schiffes.

Mit dem soeben erklärten Bielbriefe ist ein anderes Document, welches denselben Namen führt, nicht zu verwechseln. Es wird nämlich auch der über die Ausrüstung eines Schiffes geschlossene Bodmereivertrag (bottomry, sofern dabei das Schiff, Großavanturvertrag, respondentia, sofern dabei die Ladung verpfändet wird) Bielbrief genannt.

Wichtig für den Seeverkehr ist die Nationalität der Schiffe in Friedenszeiten wegen mancher Vortheile, die einzelne Staaten ihren beiderseitigen Angehörigen gewähren, in Kriegszeiten wegen der Gefahr von Feinden. Bei der Frage nach der Nationalität kommt in Betracht:

1) das Domicil oder der Staatsverband des Eigenthümers; 2) der Staatsverband des Kapitäns und der Mannschaft; 3) in einigen Ländern Einregistrirung, z. B. in England und in den nordamerikanischen Freistaaten.

Kennzeichen der Nationalität sind die Flaggen und die Schiffspapiere; jene die factischen, diese die rechtlichen. Der Flaggen sind so viele als Seeschifffahrt treibende Völker. Die Papiere werden unterschieden in I. Stammpapiere; dahin gehören: 1) der Bielbrief; 2) der Kaufbrief; bei aufgebrachten fremden Schiffen die Condemnationsacte; bei aufgebrachten aber wieder restituirten Schiffen die Restitutionsacte; 3) der Rhederbrief; 4) das Namensveränderungsdocument des Schiffes; 5) relevante Rechtssprüche über den Charakter des Schiffes; 6) der Registerbrief (für Schiffe solcher Länder, in denen Schiffsregister existiren). II. Papiere hinsichtlich der Ladung: 1) die Frachtbriefe und Connossemente; 2) das Ladungsmanifest; 3) Ursprungscertificate der Ladung. III. Papiere in Betreff der Reise: 1) die Musterrolle; 2) der Bürgerbrief des Kapitäns; 3) der Seepaß; 4) der Gesundheitspaß; 5) Zollclarirungsdocumente; 6) das Inventarium; 7) das Journal und Schiffsbuch; 8) der Türkenpaß; 9) Reisepässe der Passagiere. IV. Zufällige Papiere sind: die Correspondentenliste, Facturen über die Ladung, Verkaufsrechnungen der Ausladung u. s. w.

Die Abgaben, denen die Schiffe theils vor, theils während, theils nach Vollendung der Reise unterworfen werden, sind:

1) Tonnengelder, eine nach der Tragfähigkeit bestimmte Abgabe; 2) Lootsengelder; 3) Bugsier- und Ziehgelder; 4) Baaken-, Tonnen-, Bojengelder, Abgaben für die Unterhaltung der Signale zur Bezeichnung des Fahrwassers; 5) Leuchtthurmgelder; 6) Ankergelder für das Recht, Anker zu werfen; 7) Rapportgelder für die Anzeige bei der Ankunft und beim Abgange eines Schiffes; 8) Werften- und Hafengelder.

Segelfertige Schiffe dürfen wegen Civilansprüche nicht mit Arrest belegt werden.

Ueber die privilegirten Forderungen an Schiffen ist folgendes zu bemerken:

Nach römischem Rechte die persönlich privilegirte Forderung desjenigen, der zur Ausrüstung oder Erbauung oder Ankauf des Schiffes creditirt ist. —

Nach den Partikularrechten verschiedene Bestimmungen nach Zahl und Art.

Gemeinrechtlich privilegirt sind:

I. Der Baumeister und die unter ihm Arbeitenden; nach Vollendung des Baues haben sie eine gesetzliche stillschweigende Hypothek an dem Schiffe wegen des rückständigen Lohnes. Hat jedoch der Baumeister den Bau gegen eine bestimmte Summe zu liefern übernommen: so haben die unter dem Baumeister Arbeitenden nur einen persönlichen Anspruch gegen diesen, wenn nicht der Bauherr sie selbst angenommen hatte[7]). Ueber die Bestimmungen neuerer Seerechte vgl. Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 98, N. 36. — Als gemeinrechtlich ist der Satz zu betrachten, daß das Schiff und Ladung gegenseitig für Erfüllung des Ladungsvertrages einander haften.

II. Die Forderung aus dem Bodmereicontracte (Beylbrief) bottomry-respondentia;

III. die Assecuranzprämie.

Der Betrieb der Seeschifffahrt zum Behufe der Beförderung von Gütern und Personen gegen Lohn (Fracht, Passagegeld) heißt Rhederei; derjenige, welcher für eigene Rechnung mit diesem Betriebe sich beschäftigt, heißt Rheder, wenn ihm zugleich ganz oder theilweise das Eigenthum der von ihm für jenen Betrieb benutzten Seeschiffe zusteht; ist dieses nicht der Fall, dann ist er blos Ausrüster des Schiffes. Sind mehrere Personen Eigenthümer eines Schiffes, dann heißen sie Mitrheder, Zusammenrheder oder Schiffsrheder.

In der Regel kann jeder handlungs- und dispositionsfähige Mensch Eigenthum von Schiffen erwerben, Rhederei treiben. Beschränkungen dieses Satzes, welche in einzelnen Gesetzgebungen sich finden, sind in Teutschland partikularrechtlich.

Das Eigenthum an Schiffen wird erworben 1) durch Er-

7) Es ist unrichtig, wenn Pöhls a. a. O. Bd. I, S. 52—57, Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 97, Anm. meint, die Arbeitenden hätten dann jene Hypothek, wenn der Bauherr unterlassen habe, sie gleich anfangs davon in Kenntniß zu setzen, daß der Baumeister den Bau gegen eine bestimmte Summe übernommen. Denn, wenn dies auch in einzelnen Seerechten so bestimmt ist, so streitet es doch gegen die gemeine Rechtsansicht, nach welcher einem Contrahenten zunächst sein Mitcontrahent verantwortlich ist und folglich der Umstand entscheidend ist, ob der Bauherr selbst die Arbeiter gedungen. In diesem Falle ist er dann allerdings ihnen gegenüber von der Haftung frei, wenn er ihnen bei der Annahme erklärt hat, daß der Baumeister allein für ihren Lohn aufzukommen habe.

bauung. Zu dieser steuern die Mitrheder nach Verhältniß ihrer Part die Kosten bei; 2) durch Kauf.

Der Einzelrheder kann das Schiff nebst Zubehör frei verkaufen; ebenso der Mitrheder seine Part; doch haben hier die Mitrheder das Vorkaufsrecht.

Der Verkauf des Schiffes auf der Reise (in transitu) ist in der Regel gestattet, doch unbeschadet der Rechte der privilegirten Gläubiger am Schiffe, und muß die Besitznahme bald nachfolgen; Prisengerichten gegenüber ist ein solcher Verkauf leicht verdächtig.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung findet sich auch beim Schiffsverkaufe: der Verkäufer muß das Schiff frei auf allen Häfen und Strömen liefern. (Eigenthum — keine Havarie- und Bodmereischulden); jedoch ist hierzu der prosequirende Gläubiger nur dann verpflichtet, wenn Andere ein besseres Recht hatten als er.

Der Erwerb durch 3) Tausch, 4) Schenkung und 5) Erbgang haben nichts Besonderes, nur daß es der Vorsicht angemessen ist, diesen Erwerb unzweifelhaft erscheinen zu lassen. Durch 6) Condemnation und 7) Confiscation, 8) durch Verjährung, bei welcher die Zeitfrist für Immobilien gefordert wird, selbst nach französischem Rechte.

Die Rheder oder Mitrheder oder Schiffspartner oder Schiffsfreunde stehen mit einander in einer partikulären Gemeinschaft (société) in Bezug auf das Schiff, sie bilden eine Art Actiengesellschaft. Jeder hat einen ideellen Theil des Ganzen (condominium iur. Rom.), seine Part; nicht ein ius in solidum. Ueber die Part kann der Mitrheder frei inter vivos et mortis causa verfügen; sie vererbt sich auf seine Erben und accrescirt nicht den übrigen Theilnehmern; nur durch die Vorkaufsrechte der Mitrheder ist er in seiner Disposition beschränkt.

Der Contract der Mitrheder heißt der Rhederbrief; er ist schriftlich abzuschließen. Ist dieser der Art, daß er auf ein erst zu erbauendes Schiff sich bezieht, dann enthält er zugleich die Bestimmungen über die zu leistenden Einschüsse und ist, insofern die Rhedergesellschaft erst nach Vollendung des Schiffes vollständig constituirt ist, ein pactum de ineunda societate.

Ist kein Rhederbrief errichtet und fehlt es an mündlich getroffenen Bestimmungen, dann treten die Grundsätze von der communio incidens ein. —

Gewinn und Verlust vertheilt sich nach Verhältniß der Schiffsparten.

In zweifelhaften Fällen giebt die Mehrheit der Votanten den Ausschlag, die nach der Größe der Schiffsparten berechnet wird. Doch kann 1) die Mehrheit die Minderheit nicht zwingen, unnöthiger Weise das Schiff ohne Benutzung still liegen zu lassen. 2) Bei Abänderung des die Rhederschaft begründenden Bauplanes gilt der Grundsatz: melior est prohibentis conditio. 3) Ebenso beim Verkaufe des Schiffes; jeder kann nur seine Part verkaufen.

Ueber abweichende Bestimmungen einzelner Seerechte s. Kaltenborn S. 120—122.

Nach gemeinem europäischen Seerechte entscheidet in der Regel Majorität der Stimmen unter Mitrhedern, namentlich bei Ernennung des Kapitäns, über die Lieferung von Beiträgen, über die Bestellung von Vertretern der Rhederschaft.

Nach einigen älteren Seerechten können, wenn ein Mitrheder in der Zahlung der beschlossenen Beiträge säumig ist, die Uebrigen oder ihr Vertreter ohne weiteres Geld auf dessen Gefahr aufnehmen; gemeinrechtlich ist es rathsam, hierzu eine gerichtliche Autorisation einzuholen, wenn diese nicht bereits durch den Rhederbrief ertheilt ist [8]).

Dritten kann der einzelne Mitrheder die Uebrigen ohne weiteres nicht verpflichten, außer wo dieses nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, z. B. durch besondere Autorisation im Rhederbriefe oder Gesetze oder bei einer versio in rem, wie durch nothwendige und nützliche Ausgaben, die von den Mitrhedern pro rata ihm zu ersetzen sind; sonst kann er nur innerhalb der rechtlichen Grenzen über seine Part verfügen, z. B. diese verpfänden.

Die Rheder müssen Nationale sein (nach einigen Seerechten dauernd in ihrem Vaterlande sich aufhalten).

So lange ein Schiff auf der Reise sich befindet, können die Mitrheder in der Regel die Aufhebung ihrer Gemeinschaft nicht verlangen.

Der die Geschäftsführung besorgende Director wird durch Stimmenmehrheit ernannt und entlassen und ist häufig der, welchem die meisten Parten im Schiffe gehören; er hat im ganzen die Rechte und Pflichten eines Handlungsfactors oder Disponenten. Seine Befugnisse und Pflichten sind theils nach dem Rhederbriefe, theils nach der ihm ertheilten speciellen Vollmacht zu beurtheilen. Im Zweifel ist er als für die gewöhnlichen Geschäfte der Rhederei und für die Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen der Rheder bevollmächtigt anzusehen [9]). In

---

8) Nicht genau ist die Aeußerung Kaltenborn's, wenn dieser I. Band S. 122 sagt: derjenige Rheder erwirbt natürlich ein dingliches Recht am Schiffe, der einen Gläubiger, welcher ein solches dingliches Recht am Schiffe besaß, befriedigt. Denn, wenn dies nicht entweder iure offerendi oder gegen iura cessa erfolgt, dann muß man sagen, daß in der Befriedigung des Gläubigers blos eine Tilgung der Schuld liege und daß wegen dieser gegen den Schuldner nur ob versionem in rem geklagt werden kann.

9) Es ist zu unterscheiden zwischen der Frage, wann ein Dritter durch die Handlungen des dirigirenden Rheders der Rhederei und diese ihm obligirt wird und wann nicht? und zwischen der Frage, wann der dirigirende Rheder seinen Auftraggebern haftet wegen Handlungen, auf die seine Vollmacht nicht ausdrücklich lautete. Hinsichtlich der ersten Frage muß man sagen, daß bei einer unbeschränkten und nicht deutlichen Vollmacht der dirigirende Rheder im Zweifel die Befugnisse hat, welche ihm der Text einräumt. Bei einer beschränkten Vollmacht fragt es sich, ob die Beschränkungen dem Dritten bekannt sind oder nicht; im ersteren Falle wird die Rhederei nur innerhalb der Grenzen der Vollmacht verpflichtet; im letzteren Falle haftet die Rhederei unbedingt, wenn das Geschäft zu

außerordentlichen Fällen muß er, wenn nicht Gefahr auf dem Verzuge ist, mit den Mitrhedern Rücksprache nehmen. Nicht befugt ist er zum Verkaufe des Schiffes, in der Regel auch nicht zur Festsetzung einer neuen Reise; zur Versicherung der einzelnen Schiffsparten (der factische Grund, den Pöhls hier anführt, ist allerdings von dem, welchen Cropp angiebt, verschieden; in rechtlicher Hinsicht führen beide auf denselben Grundsatz, nämlich auf den, daß Niemand in seinen eigenen Angelegenheiten zu einem besonderen Fleiße wider seinen Willen angestrengt werden darf, so lange er nur ein diligens paterfamilias ist); zur Versicherung des Schiffes ist er ebenfalls nicht befugt aus demselben Grunde; ebensowenig zur Aufnahme von Bodmerei und zur Aufzimmerung eines Wracks oder seeuntüchtigen Schiffes.

Die Rhederei (die Gesammtheit der Rheder oder der Alleinrheder) haftet in der Regel nur bis zum Werthe des Schiffes, sofern sie nicht wegen einer in rem versio oder wegen einer Bereicherung mit fremdem Schaden in Anspruch genommen werden kann. Der einzelne Rheder haftet nur bis zur Höhe seiner Part und deren Gewinn, so lange dieser ihm noch nicht ausgezahlt, also noch nicht in sein übriges Vermögen übergegangen ist.

Der Alleinrheder haftet für dolus und culpa lata, wenn er selbst contrahirte oder bei dolus und culpa seines Beauftragten sich betheiligt hatte, auch über den Werth des Schiffes; sonst nur bis zu diesem Werthe und bis zum Betrage seiner Bereicherung; ebenso die Gesammtrheder, wenn sie sich an jener schuldvollen Handlungsweise ihres Beauftragten[10]) wissentlich betheiligten, sonst aber haften sie für dolus und culpa lata ihres Beauftragten nur bis zum Werthe des Schiffes und bis zum Belaufe ihrer Bereicherung dadurch.

Derjenige, dem die Führung des Schiffes und während der Reise die Sorge für die Ladung oder die Passagiere anvertraut ist, heißt Schiffer, Kapitän (magister navis); ihm beigegeben sind die Officiere und Mannschaft oder die Matrosen nebst den Schiffsjungen (Officiere und Mannschaft heißen auch Schiffskinder). Bei Grönlandsfahrern heißt der Schiffer auch Commodore.

---

den gewöhnlich dem Dirigenten überlassenen gehört und der Dritte die Kenntnißnahme der Beschränkungen nicht schuldvoll versäumte. Seinen Auftraggebern haftet der dirigirende Rheder sowohl wegen der ihm speciell aufgetragenen, als auch wegen der von ihm ohne Auftrag vorgenommenen Handlungen wie ein Bevollmächtigter.

10) Der Beauftragte des Rheders (Director) haftet zwar für dolus und culpa lata persönlich; allein da er nicht blos gewöhnlicher Bevollmächtigter, sondern zugleich Factor der Rhederei ist, so sind auch hinsichtlich der Rhederei die Grundsätze von der Haftung für schuldvolle Handlungen des Factors hier anzuwenden, die bekanntlich Dritten gegenüber dem Principale zur Last fallen, sobald sie in den Geschäftskreis gehören, für den der Factor bestellt war, so daß der Dritte ihm trauen mußte. Der Factor, welcher der Firma seines Principales sich bedienen darf, schadet durch den Mißbrauch derselben seinem Principale; gerade so der Director seiner Rhederei.

Der Schiffer muß Bürger des Staates sein, von welchem aus er fährt; doch genügt dies in Kriegszeiten zum Beweise der Neutralität häufig nicht, wenn nicht das Bürgerrecht bereits vor Anfang des Krieges erworben ist.

Der Schiffer muß die nöthigen Fähigkeiten zur Führung des Schiffes besitzen und daher das Steuermannsexamen bestanden und Reisen als Steuermann gemacht haben.

Die Anstellung und Entlassung des Schiffers geschieht durch die Rhederei oder ihren Stellvertreter. Hinsichtlich der Anstellung gilt gemeinrechtlich die Beschränkung, daß kein Schiffer seinem Rheder ab= spänstig gemacht werden und daß nur ein mit einem Entlassungsatteste von seinem früheren Rheder versehener Schiffer angestellt werden darf. — Hinsichtlich der Entlassung ist die Rhederei durch die beim Engagement mit dem Schiffer getroffene Uebereinkunft und durch ihre Verpflichtungen gegen die Ladungsinteressenten beschränkt. Vor oder nach der Reise kann sie den Schiffer, vorausgesetzt, daß seinen etwaigen Entschädigungsansprüchen genügt wird, stets entlassen, es sei denn, daß der Schiffer eine bestimmte Reise sich bedungen und hinsichtlich der in seiner Stellung erforderlichen Eigenschaften die Rhederei nicht getäuscht hat. Während der Reise darf die Entlassung, abgesehen von offenbar gewordener Unfähigkeit oder arger Verschuldung, in der Regel nicht geschehen.

Die Rechte des Schiffers der Rhederei gegenüber ergeben sich aus dem mit ihr geschlossenen Engagementsvertrage, dessen schriftliche Ab= fassung sehr zu empfehlen ist. Im allgemeinen ist dieser Vertrag nach den von der Dienstmiethe geltenden Grundsätzen zu beurtheilen und hat der Schiffer nach demselben die ganze Administration der auf die Be= nutzung des Schiffes Bezug habenden Angelegenheiten unter Aufsicht der Rhederei, soweit eine solche möglich ist; er hat also die Leitung des Baues, wenn er für ein neu zu erbauendes Schiff engagirt ist, inner= halb der ihm von der Rhederei und durch Schiffsbaukunde angewiesenen Grenzen; ihm steht beziehungsweise die Oberaufsicht oder die Anord= nung bei Reparaturen zu, je nachdem diese bedeutend oder nicht, ob sie in der Heimath oder in der Fremde vorzunehmen sind; er hat die Aus= rüstung und Verproviantirung zu besorgen; er nimmt das Schiffsvolk an und entläßt es, wie ihm auch das Commando über dasselbe zusteht; er hat die auf die Ausführung der Reise sich beziehenden Geschäfte zu besorgen. — Der Schiffer hat für seine Dienste nach Maßgabe des Engagementsvertrages Anspruch auf Lohn, der in einer bestimmten Summe, in einer monatlichen Gage, in einem Antheile an der Fracht bestehen kann. Ehemals kam zur Anschaffung einer Winterbekleidung noch eine besondere Belohnung für den Schiffer unter dem Namen Kap= laken (zusammengesetzt aus Kappe = Mütze, chapeau, und Laken = Tuch, Gewand, Wand), die in einer außerordentlichen Geldbewilligung bestand; jetzt sind die Kaplaken ein Theil der Fracht, die der Rhederei zu Gute

kommt. Ebenso verhält es es sich jetzt mit der Prämie (primage), unter der man früher eine außerordentliche Belohnung des Schiffers bei glücklicher Ankunft des Schiffes verstand. —

Der Schiffer hat vermöge seiner Stellung eine gewisse Dispositionsbefugniß über Schiff und Ladung. Das Schiff darf er nur dann verkaufen, wenn es zum seeuntüchtigen Wrack geworden ist, vorausgesetzt, daß er den Willen der Rhederei nicht zeitig erfahren konnte; verpfänden darf er es in Nothfällen, um Geld darauf vorgeschossen zu erhalten (vgl. den Artikel Bodmerei), ferner darf er in Nothfällen, Theile des Schiffes preisgeben (vgl. den Artikel Havarie) und im äußersten Nothfalle dasselbe sogar mit seiner Mannschaft verlassen. Von der Ladung kann er in Nothfällen über Bord werfen oder verkaufen, oder, sofern sie in Lebensmitteln besteht, sie anbrechen, z. B. im Falle des Mangels an Proviant (vgl. den Artikel Havarie); ferner darf er bei der Gefahr des Verderbnisses Waaren, die diesem ausgesetzt sind, verkaufen. Daß er, wenn ihm die Verwerthung der Ladung ausdrücklich aufgetragen ist, diese beschaffen darf, versteht sich von selbst. Der Schiffer erscheint für die Angelegenheiten des Schiffes als Factor der Rhederei; Dritte werden daher durch ihn der Rhederei insoweit obligirt, als der Umfang der ihm ertheilten Befugnisse ihnen bekannt geworden oder aus der Natur seiner Stellung und nach den in Betracht kommenden besonderen Verhältnissen von ihnen vermuthet werden kann. Außer der Führung des Schiffes ist dem Schiffer im Zweifel auch die Verfrachtung desselben überlassen. — Die Gewalt des Schiffers wird als beschränkt angesehen, so lange er mit seinen Rhedern oder deren Correspondenten entweder an demselben oder an einem Orte anwesend ist, von wo aus er leicht mit ihnen verhandeln kann. Hier hat er in allen wichtigeren Angelegenheiten den Willen des Rheders einzuholen. Handlungen, die ihm verboten worden, darf er gar nicht vornehmen. — Zur Annahme des der Zahl nach bestimmten Schiffsvolkes, zur Beschaffung nothwendiger Reparaturen, sowie zur Herstellung und Erneuerung des Schiffsgeräthes, zur Verproviantirung des Schiffes und zur Annahme von Frachtgütern ist der Schiffer im Zweifel auch bei Anwesenheit der Rhederei berechtigt, so daß diese durch ihn obligirt wird. — Innerhalb der soeben bezeichneten Grenzen wird die Rhederei nur durch solche Verträge des Schiffers verpflichtet, die dieser Namens der Rhederei oder in Bezug auf das Schiff eingeht. Abgesehen hiervon haftet die Rhederei gemeinrechtlich aus einer Geschäftsführung für sie und aus einer Verwendung in ihren Nutzen. — Von dem Umfange der Verbindlichkeit der Rhederei aus den durch den Schiffer für sie eingegangenen obligatorischen Verhältnissen kann erst unten das Weitere mitgetheilt werden. — Der Schiffer hat der Rhederei gegenüber und in ihrem Interesse den höchsten Fleiß aufzuwenden und ist für jedes Versehen verantwortlich. Seine Thätigkeit hat sich auf die Sorge für Seetüchtigkeit des Schiffes, auf die Instandsetzung und Ausrüstung

desselben, auf die Annahme tüchtiger Seeleute, auf die Bewerbung um Ladung oder um Passagiere, Abschließung der Ladungs- und Passageverträge, Einnahme der Ladung und Beaufsichtigung ihrer Lagerung und Behandlung, auf die Leitung des Schiffes, auf die Erfüllung der Passageverträge, auf die Beaufsichtigung der Officiere und Mannschaft, deren Anleitung und ordentliche Behandlung, auf die Löschung der Ladung, Einziehung der Fracht und des Passagegeldes, Veräußerung der ihm zum Verkaufe am Bestimmungsorte anvertrauten Ladung, auf die Besorgung einer Rückladung, auf die Führung der Schiffsbücher, auf die Versorgung mit den erforderlichen Schiffspapieren, auf die Anschaffung von Geld oder Geldeswerth, sofern solches zur Vollendung der Reise erforderlich ist, zur Anordnung der bei Seeunfällen nöthigen und zweckdienlichen Maßregeln, auf die Beachtung der strompolizeilichen Vorschriften und die Befolgung der Hafenordnung, auf die sichere und feste Hinlegung des Schiffes an dem Orte, wo es vor Anker liegt, zu richten.

Es ist des Schiffers Pflicht, bei außerordentlichen Ereignissen mit dem Schiffsvolke und bei technischen Fragen mit seinen Steuerleuten Rath zu pflegen, wiewohl es seinem Ermessen überlassen bleibt, solchem Rathe zu folgen oder nicht. — Unter den Büchern, dessen Führung dem Schiffer obliegt, ist zunächst das Journal zu bemerken, d. i. dasjenige Buch, in welches alles dasjenige eingetragen wird, was in Beziehung auf die Reise an Bord vorgenommen wird und was sich während der Reise (wohl zu unterscheiden von der bloßen „Fahrt") auf dem Schiffe oder in der Umgebung desselben oder mit demselben ereignet. Es ist die äußerste Genauigkeit bei Führung dieses Buches dem Schiffer zur Pflicht gemacht, weil diese Genauigkeit auf die Beurtheilung seiner Handlungsweise bedeutenden Einfluß hat und neben der Verklarung, deren Grundlage es bildet, für den Beweis erlittener Seeunfälle, des Einflusses höherer Gewalt und der Schuldlosigkeit des Schiffers und des Schiffsvolkes von großer Wichtigkeit ist. Correcturen in dem Journale schaden der Glaubwürdigkeit desselben nicht, wenn sie nicht mittelst Radirens oder Ausreißens von Blättern beschafft sind. Die Ordnung der Eintragung ist die nach Stunden; ob aber jede Stunde zur Eintragung benutzt werden darf, hängt vom Wetter ab. — Das Journal schließt mit der Beendigung der Reise, d. h. im Zweifel nach der Rückkunft des Schiffes zu Hause; sonst aber nach dessen Ankunft an seinem Bestimmungsorte, nach seiner Festlegung und Entlöschung der Ladung und nach Reinigung und Ordnung des Schiffsgeräthes.

Aeltere Journale am Bord aufzubewahren ist nicht rathsam. Der Schiffer hat übrigens nicht nöthig, das Journal selbst zu führen; er kann es auch durch den Steuermann führen lassen; nur muß er die Führung beaufsichtigen.

Außer dem Journale ist das Lade- und Löschbuch zu führen und zwar gewöhnlich durch den Steuermann unter Aufsicht des Schiffers.

Das Ladebuch ist ein Verzeichniß der an Bord gebrachten Waaren mit den Namen ihrer Absender; das Löschbuch ist ein Verzeichniß der ausgeladenen Waaren mit den Namen ihrer Empfänger. — Ein drittes zu führendes Buch ist das Schiffsbuch, welches über das Rechnungsverhältniß zwischen dem Schiffer und der Rhederei Aufschluß giebt; also die Einnahme und Ausgabe für Rechnung des Schiffes nachweist, die persönlichen Forderungen des Schiffers an die Rhederei angiebt, das Verzeichniß der einem anderen Schiffe mitgetheilten Lebensmittel enthält u. s. w.

Ob der Schiffer gegen feindliche Angriffe sich zu vertheidigen hat, hängt von den Umständen ab; erlaubt ist ihm aber solche Vertheidigung nur dann, wenn ein Entkommen nicht möglich und wenn es wahrscheinlich ist, daß er den Feind werde überwältigen können. Als Feind erscheint einem Kriegscontrebande führenden neutralen Schiffer derjenige kriegführende Theil, zu dessen Nachtheil die Kriegscontrebande verschifft wird; ein solcher Schiffer hat nämlich seine Neutralität eingebüßt. — Der wirklich neutrale Schiffer darf sich der Durchsuchung abseiten der Kriegsfahrzeuge der kriegführenden Mächte und der Aufbringung durch sie nie mit Gewalt widersetzen.

Der Schiffer hat die ihm aufgetragene Reise auf demjenigen Wege zu vollenden, der am schnellsten nach dem Bestimmungshafen führt. Nach bekannter Regel: ultra posse nemo obligatur, wird der Schiffer dieser Pflicht durch unbesiegbare Hindernisse, wie Seeunfälle, Kriegsgefahr, Blockade, entledigt, sobald diese ihm eine Abweichung gebieten. Eine solche Abweichung ist ihm ferner gestattet, wenn er eine Convoy aufzusuchen hat und wenn er einem nothleidenden Schiffe zu Hilfe kommen muß. — Die Abweichung ist indessen auf die Nothwendigkeit beschränkt; über dieselbe hinaus darf der Schiffer sie nicht ausdehnen, muß also z. B. den nächsten Hafen aufsuchen. —

Der Schiffer hat die Pflicht da, wo Revierlootsen angestellt sind, eines solchen sich zu bedienen, weil das Fahrwasser in den Revieren nicht selten sich verändert. —

Während der Reise hat er von allen wichtigeren Ereignissen die Rheder zu benachrichtigen. — Nach der Ankunft am Bestimmungsorte hat der Schiffer, sofern ihm abseiten der Hafen- oder Strompolizei kein Platz angewiesen wird, einen guten und bequemen Platz sich aufzusuchen und, falls er in den Hafen eingelaufen ist, daselbst das Schiff gehörig festzumachen; mußte er wegen Tiefganges des Schiffes oder aus sonstigen Gründen auf dem Strome bleiben, dann hat er für sichere Hinlegung des Schiffes zu sorgen. Der Schiffer hat sich nach den strom- und hafenpolizeilichen Vorschriften zu erkundigen und dieselben zu beobachten. Vor allen Dingen muß er einen Boje auf seinem Anker haben, damit eine Ansegelung verhütet werde. Sodann hat er seinen Rhedern Nachricht von seiner Ankunft zu geben und für rechtzeitige Löschung der Ladung zu sorgen. — Wenn auf der zurückgelegten Reise Seeunfälle

ihn getroffen haben, so sind hiervon die Betheiligten in Kenntniß zu setzen und der Schiffer hat seine Verklarung zu belegen. — Nach erfolgter Rückkunft hat der Schiffer außer den bei der Ankunft am Bestimmungsorte ihm obliegenden Pflichten auch die der Rechnungsablage gegen seine Rheder, welche, wenn sie gegen dieselbe nichts einwenden können, zu quittiren haben. Auf die Ladung hat der Schiffer die nöthige Aufmerksamkeit, um sie vor Beschädigung zu bewahren, zu richten und bei Seeunfällen im Interesse der Rheder und Ladungsinteressenten zu handeln, und zwar so, daß er stets das Beste der Gesammtheit im Auge hat. — In Kriegsfällen hat der Schiffer, wenn er aufgebracht wird, alles zu vermeiden, was eine Condemnation herbeiführen kann; dagegen hat er alles aufzubieten, um eine solche abzuwenden. Vor dem Zusammentreffen mit dem Feinde hat er sich zu hüten. Neutrale Schiffer dürfen vor den Kriegsfahrzeugen der Kriegführenden ohne große Wahrscheinlichkeit des Entkommens nicht fliehen, auch der Durchsuchung und Aufbringung sich nicht widersetzen, keine Verdacht erregende Handlung vornehmen, wie Vernichten von Papieren, Ueberbordwerfen von Waaren; sie dürfen ferner nicht Kriegscontrebande einnehmen, auch nicht unter Convoy von Schiffen einer der kriegführenden Mächte fahren.

Begeht der Schiffer ein Verbrechen, so haftet zunächst er für dasselbe; die Rhederei auch über den Werth des Schiffes hinaus, insofern sie als Genossin des Verbrechens betrachtet werden darf oder sonst bei der Veranlassung desselben betheiligt ist. Werden Dritte durch ein solches Verbrechen in Schaden gebracht, so haftet die Rhederei für die Deckung eines solchen unter der eben erwähnten Voraussetzung oder, wenn ihr bei der Wahl des von ihr angestellten Schiffers ein Versehen zur Last fällt, auch über den Werth des Schiffes hinaus. Für bloße Versehen des Schiffers, die selbstverständlich dieser stets und zunächst zu verantworten hat, haftet die Rhederei über den Werth des Schiffes hinaus ebenfalls nur dann, wenn sie bei der Wahl des angestellten Schiffers ein Versehen beging und mithin durch ihre culpa Dritten selbstständig sich obligirte. Sonst haftet die Rhederei, abgesehen von einer Geschäftsführung (negotiorum gestio) für sie oder von einer Verwendung in ihren Nutzen, nur bis zum Werthe des Schiffes und folglich der in einer Rhedergemeinschaft sich befindende einzelne Rheder nur bis zum Betrage seiner Schiffspart. Die gegentheilige Ansicht von Cropp[11]) beruht auf einer irrigen Auslegung des hanseatischen Seerechtes v. J. 1614 Tit. VI, Art. 2. Denn hier ist ja nirgends der Schiffer befugt, zur Aufnahme von Geld den persönlichen Credit seines Einzelrheders oder Einzelner aus der Rhedergemeinschaft zu benutzen, sondern es ist ihm nur erlaubt, auf seine Rheder, d. h. auf die Rhederei, Wechsel zu ziehen. Unter dem Ausdrucke Rheder, Rhederei werden

11) Vgl. Heise und Cropp, jur. Abhandl. Nr. XXIII, S. 496 flg.

aber gerade diejenigen verstanden, die sich zum Zwecke einer Schiffsunternehmung unter der auf ihren Antheil beschränkten Haftungspflicht vereinigt haben und die, wo sie Dritten gegenüber unter der gedachten Bezeichnung erscheinen, diesen Dritten eben damit ihre beschränkte Haftungspflicht kund machen. — Dazu kommt, daß die Bestimmung des hanseatischen Seerechtes bei der Cropp'schen Auslegung ersichtlich widersinnig wäre, weil darnach eine persönliche Verpflichtung der Rheder ja offenbar bei weitem stärker wäre, als die Verpflichtung durch Bodmerei, und dann würde noch die fatale Frage entstehen, ob nur derjenige Rheder, dessen persönlichen Credit der Schiffer benutzt hat, über den Werth des Schiffes hinaus zu haften hat oder ob seine Mitrheder ihn pro rata über den Werth des Schiffes hinaus zu entschädigen haben. Daher hat sich auch Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 151 flg. mit Recht gegen Cropp erklärt.

Bereits oben ist der Officiere und der übrigen Mannschaft des Schiffes gedacht. Es soll hier noch Einiges über sie bemerkt werden. Officiere des Schiffes sind nach dem Schiffer: der Steuermann (Ober- und Untersteuermann), der Bootsmann, der Chirurg, der Schreiber. Ein eigener Schreiber kommt jetzt selten vor; bei Frachtfahrern[12]) wird auch selten ein Chirurg vorkommen; wohl aber bei Passagierschiffen, auf denen sogar Aerzte angestellt werden, z. B. auf den größeren Auswandererschiffen, die von Bremen und Hamburg aus expedirt werden. Zwei Steuerleute findet man nur auf größeren Schiffen.

Die Steuerleute sind die ersten nach dem Schiffer; er theilt mit ihnen die Führung des Schiffes so, daß das Schiffsvolk abgetheilt wird und sowohl der Schiffer wie jeder Steuermann einen Theil desselben unter seinem Commando hat. Dann wird zwischen den drei Abtheilungen gewöhnlich alle vier Stunden in der Leitung des Schiffes umgewechselt. — Selbstverständlich behält der Schiffer dabei immer den Oberbefehl. Außerdem ertheilen die Steuerleute die Empfangsbescheinigungen über eingenommene Güter und lassen sich über abgelieferte quittiren.

Dem Bootsmanne oder Hochbootsmanne liegt die Aufsicht über die Takellage und Segel des Schiffes während der Reise ob; auch muß er auf die Stauung der Güter bei deren Einnahme achten. —

Unter der übrigen Mannschaft, den Matrosen (deren Thätigkeit in Diensten auf dem Schiffe und für das Schiff besteht, von dem Augenblicke an, wo sie nach dem mit ihnen eingegangenen Vertrage sich an Bord einfinden müssen, bei bevorstehendem Abgange, bis zu dem Augenblicke, wo sie nach vollendeter Reise von Bord gehen dürfen), — unter diesen ist zunächst der Zimmermann auszuzeichnen. Dieser hat

12) Auf diesen pflegt der Schiffer mit Hilfe eines Arzeneikastens und einiger chirurgischer Instrumente als Arzt und Wundarzt zu fungiren. In schwereren Fällen wird der Kranke, sobald es thunlich, an's Land und in ärztliche Behandlung gebracht.

diejenigen Reparaturen des Schiffes zu beschaffen, deren Ausführung ihm unter Beistand von der übrigen Mannschaft möglich ist; er wird auch zu den Officieren des Schiffes gerechnet. Der Koch hat die Bereitung der Speisen zu besorgen und die Aufsicht über den Mundvorrath. Die Matrosen, denen die Verrichtung der nicht den Officieren und besonderen Chargen vorbehaltenen Schiffsarbeiten obliegt, werden eingetheilt in Vollmatrosen und Jungmatrosen; letztere genießen noch nicht die volle Gage. Unter ihnen stehen die Schiffsjungen, von denen der Deckjunge die Reinigung des Verdeckes zu besorgen und den Matrosen zu helfen hat; der Kajütenwächter oder Kochsmaat hat die Reinigung der Kajüte und der Küche, sowie die ihm vom Koch, dem er untergeordnet ist, aufgetragenen Arbeiten zu besorgen. Wo für die Bedienung des Schiffers und der Steuerleute kein eigener Diener gehalten wird, da hat der Kajütenwächter ihnen aufzuwarten.

Die Annahme des Schiffsvolkes ist in der Regel dem Schiffer überlassen und, sofern nicht von der Mannschaft ein Antheil an der Fracht oder an dem Gewinne bedungen wird, ist sie nach den Grundsätzen von der Dienstmiethe zu beurtheilen. Bei der Annahme der Officiere hat der Schiffer auf ihre Befähigung zu sehen, namentlich bei den Steuerleuten, ob sie das vorschriftsmäßige Examen bestanden haben. Ferner hat der Schiffer besonders in Kriegszeiten, auf die Nationalität der Mannschaft zu sehen und vor der Abmiethung von Leuten, die bereits von anderen Schiffern gedungen sind, sich zu hüten[13]). Der Annahmevertrag (Hauercontract) ist schriftlich abzufassen und kann in demselben das Engagement entweder für die Reise oder monatsweise, oder für einen Antheil an der Fracht oder für einen Antheil am Gewinne oder nach Meilen eingegangen werden. — Außer dem Hauercontracte muß auch die Musterrolle oder Volksrolle am Bord sein. Diese ist eine officielle Urkunde, die eine Uebersicht der ganzen Mannschaft nach Alter, Namen, Geburtsort, Nationalität, Charge, Art und Höhe der Gage, Handgeld u. s. w. enthält. Häufig ist für die Ausfertigung des Hauercontractes und der Musterrolle ein eigener Beamter, Musterschreiber, Schout, Wasserschout angestellt. Da, wo dieses der Fall ist, ist der Schiffer von der Verantwortung solcher Versehen bei der Annahme, auf deren Verhütung der Schout von Amtswegen zu achten hatte, befreit, sofern ihn nicht der Vorwurf des besseren Wissens und des arglistigen Verschweigens trifft; für solche Versehen haftet der Schout und in subsidium das Gemeinwesen, von dessen Obrigkeit er eingesetzt worden.

Die Verpflichtung des Schiffsvolkes ergiebt sich aus dem Engagementsvertrage mit demselben; sie haben im allgemeinen die Pflichten gedungener Arbeiter, selbst wenn sie auf Antheil an der Fracht oder am

13) Solche Leute werden außerdem disciplinarisch von Obrigkeitswegen bestraft.

Gewinne angenommen sind; denn hier ist ihre Unterwerfung unter die Befehle des Schiffers und seiner Officiere die Bedingung, unter der ihnen jener Antheil zugesagt wird; hinsichtlich ihrer Ansprüche auf diesen Antheil sind sie übrigens als Gesellschafter anzusehen; ihre Leistungen richten sich nach der Anordnung des Schiffers und seiner Officiere. Wenn der Matrose an einem anderen Orte angenommen ist, als an welchem das Schiff sich befindet, so kommt ihm angemessenes Reisegeld zu. — Da das Schiffsvolk sich nicht dem Schiffer persönlich, sondern ihm als Repräsentanten der Rhederei verdingt, so haben sie auch demjenigen Gehorsam zu leisten, der mit Wissen der Rhederei an seine Stelle tritt. — Ohne Erlaubniß des Schiffers darf kein Seemann das Schiff verlassen, noch weniger aber eine Nacht außerhalb desselben zubringen. Die Seeleute dürfen ihre Frauen nicht mit in's Schiff nehmen. Die Seeleute haben sich eines gesitteten Betragens zu befleißigen und sind auch in disciplinarischer Hinsicht dem Schiffer und seinen Officieren unterworfen. — Die Pflicht des Schiffsvolkes, für Schiff und Ladung zu arbeiten, erstreckt sich auch auf die Rettung und Bergung von Schiffs- und Ladungstheilen, wenn das Schiff infolge eines Unfalles [14]) bereits von ihnen hat verlassen werden müssen.

Der Schiffer haftet für die Verpflichtungen der Rheder den Seeleuten gegenüber nur mit dem, was er von der Rhederei in Händen hat, abgesehen von besonderen persönlichen Verpflichtungsgründen, die vertragsmäßige sein können oder auch durch Versehen und Vergehen entstehen. —

Die Rhederei haftet der Mannschaft nur mit dem Schiffe, abgesehen von einer besonders [15]) eingegangenen Verpflichtung, die auf eine weitergehende Haftung sich bezieht, sowie von einer auf den Untergang des Schiffes gerichteten Arglist.

Die Rheder können in der Regel nur durch den Schiffer, nicht durch Leute aus der Mannschaft obligirt werden; es sei denn, daß diese der Natur der Sache nach im einzelnen Falle den Schiffer vertreten oder sonst in Gemäßheit ihrer Charge handeln. —

Wegen Diebereien der Seeleute haftet die Rhederei den Ladungsinteressenten aus dem Fracht-, den Passagieren aus dem Passagevertrage, d. h. durch den bloßen Abschluß dieses Vertrages, es sei denn, daß sie in demselben sich außer Verantwortung deshalb gestellt haben sollte.

Der Schiffer hat die schuldvollen Handlungen der Seeleute nur insofern zu vertreten, als ihm ein Versehen bei der Wahl und Beaufsichtigung der Leute zur Last fällt, oder insofern als er zu solchen Handlungen Auftrag gab oder sonst schuldvoll bei denselben betheiligt ist.

Für die Dauer des Engagements ist die besondere Verabredung

---

14) Nicht blos eines Seeunfalles, sondern auch z. B. beim Ausbruche von Feuer auf dem Schiffe im Hafen.

15) Auch durch culpose facta entstehende.

zunächst maßgebend; im Zweifel dauert er bis zur Beendigung der Reise. — Der Contract hat seine Endschaft erreicht, wenn durch zufällige Ereignisse die Fortsetzung der Reise unmöglich wird. Hierhin gehört aber nicht eine bloße Verzögerung der Reise. — Bei einem Engagement für eine bestimmte Reise werden die Seeleute frei, wenn die Reise von Anfang an verändert wird. Auch die Veränderung des Schiffes, wenn mit demselben zugleich der Schiffer verändert wird, befreit die Seeleute von dem eingegangenen Contracte, außer im Falle dieses infolge von Seeunfällen geschieht, um Güter oder Passagiere fortzuschaffen. Ueber den Einfluß einer bloßen Veränderung des Schiffes oder des Schiffers sind die Meinungen getheilt. Eine absichtlich oder schuldvoll wesentlich verlängerte Reise berechtigt zu Entschädigungsforderungen.

Einseitig kann der Contract aufgehoben werden:

I. Abseiten des Schiffers: 1) wenn der Seemann entweder überhaupt oder für seine Charge untauglich ist; 2) im Falle einer Krankheit desselben, die ihn zum Dienste untauglich macht, besonders wegen einer venerischen Krankheit; 3) wegen Trunkfälligkeit; 4) wegen Widerspänstigkeit; 5) ohne allen Grund gegen volle Entschädigung.

II. Abseiten des Seemannes: 1) wenn er heurathet und nun das Seefahren aufgeben will; 2) wenn er Gelegenheit zum Avancement hat (nach einigen Seerechten); jedoch muß er in beiden Fällen den Schiffer vollständig entschädigen.

Die Hamburgische Verordnung vom 20. December 1849 läßt auch diese beiden Fälle nicht zu; sie beschränkt überhaupt sehr die Lage der Seeleute, sichert ihnen dagegen aber auch den verdienten Lohn ihrer Arbeit.

R e c h t e d e s S c h i f f s v o l k e s. Das Schiffsvolk hat ein Recht 1) auf eine Schlafstelle. Der gemeinschaftliche Platz derselben heißt das Volkslogis. Bettzeug müssen sie sich in der Regel selbst halten; doch wird ihnen eine Hängematte geliefert; 2) auf gute Kost; die Bestimmungen darüber sind in den verschiedenen Seerechten verschieden; 3) auf Auszahlung des bedungenen Lohnes; 4) auf Vergütung für außerordentliche Anstrengungen; 5) auf Verpflegung bei Verwundung oder Erkrankung im Schiffsdienste; 6) auf Loskaufung aus der Gefangenschaft, in welche sie im Schiffsdienste gerathen sind. —

Der bedungene Lohn wird die Volkshauer genannt. Diese kann auf verschiedene Weise für die Reise nach einem b e s t i m m t e n L ö s c h p l a t z e, für die Reise h i n und z u r ü c k, n a c h M o n a t e n, n a c h S e e m e i l e n bedungen sein. Nicht immer wird jedoch ein bestimmter Lohn bedungen. Es wird auch mitunter das Engagement auf Antheil am Gewinne oder an der Fracht eingegangen. In diesem Falle ist hinsichtlich der Rheder[16])

16) Wir sagen hier absichtlich „hinsichtlich der Rheder"; denn es versteht sich, daß die Seeleute bei der Behandlung des Schiffes und seiner Führung den

ein Societätsverhältniß mit dem Schiffsvolke vorhanden, so daß dieses das Schicksal des Schiffes und der Ladung theilt. —

Der Lauf der Gage beginnt in der Regel, wenn das Schiffsvolk an Bord kommt und endigt in der Regel mit der Beendigung der Reise, worüber die Bestimmungen verschieden sind. Die Gage auf Frachtschiffen ist verdient, wenn das Schiff Fracht gemacht hat; sie kann aber vor Beendigung der Reise nicht gefordert werden. Bei einer Reise in Ballast wird sie nach Ankunft des Schiffes und Löschung des Ballastes verdient sein. Lautet das Engagement allgemein oder wird an verschiedenen Plätzen gelöscht, dann kann die Mannschaft ihre verdiente Gage an jedem einzelnen Löschplatze fordern. — Bei Passagierschiffen kommen theils analoge, theils besondere Gagebestimmungen vor.

Wenn, nachdem die Seeleute angenommen sind, die Reise rückgängig oder abgebrochen wird, dann fragt es sich, ob dieses infolge eines Zufalles oder eines freiwilligen Entschlusses abseiten der Rheder oder ihrer Vertreter geschieht. Ist letzteres der Fall, dann sind die Seeleute zu entschädigen. Die Bestimmungen der Seerechte hierüber sind verschieden und kommt dabei vieles auf die besondere Verabredung an. Jedoch ist die Entschädigungspflicht im Falle einer begonnenen Reise stärker. Im Falle die Reise infolge eines Zufalles rückgängig oder abgebrochen wird, dann fragt es sich, ob sich 1) der Zufall in der Person der Rheder oder ihrer Vertreter; 2) oder in der Person der Seeleute; oder 3) durch höhere Hand für beide Theile ereignet. In dem Falle sub 1) sind die Seeleute in eben der Weise zu entschädigen, wie wenn die Reise durch freiwilligen Entschluß der Rheder oder ihrer Vertreter rückgängig wird; in dem Falle sub 2) erhält der Seemann keinen Lohn, was jedoch für den Fall eines kurzen vorübergehenden Unwohlseins und wegen einer Krankheit, die der Seemann im Schiffsdienste sich zugezogen, keine Anwendung leidet; in dem Falle sub 3) können die Seeleute ihren bis zum Eintritte des zufälligen Ereignisses verdienten Lohn fordern; sollten sie mehr vorausempfangen haben, so wird von ihnen die Herausgabe des Mehrempfangenen nicht gefordert. Wird ein Schiff im Seekriege genommen, aber den Feinden wieder abgenommen, dann ist hinsichtlich der Gage derjenigen Seeleute, die fortwährend auf dem Schiffe geblieben sind, die frühere Wegnahme des Schiffes als nicht geschehen zu betrachten. —

Sollte ein Seemann aus freiem Entschlusse contractbrüchig werden, dann ist er entschädigungspflichtig und wird er dafür, im Falle der Unvermögenheit, sowie je nach dem Grade seines Contractbruches disciplinarisch und selbst peinlich bestraft.

Bei einer freiwilligen Abkürzung der Reise sind die Seeleute zu entschädigen und kann ihnen wegen derselben kein Abzug an der Hauer

---

höchsten Fleiß anwenden müssen, weil sie dies den Befrachtern und Passagieren schuldig sind.

gemacht werden; sie können aber bei derselben ihr Engagement nicht als beendet betrachten.

Bei einer unverschuldeten Verlängerung der Reise ist die Gage der auf Monate oder nach Seemeilen gemietheten Seeleute nach Maßgabe des Contractes zu zahlen. Die übrigen erhalten, weil sie mit den Rhedern diesen Zufall gemeinschaftlich zu tragen verbunden sind, keine Entschädigung dafür. Wird dagegen die Reise nach dem Willen der Rheder oder durch die Verschuldung des Schiffers verlängert, dann sind diejenigen Seeleute zu entschädigen, welche nicht auf Gewinn- oder Frachtantheil fahren.

Die Hauer ist den Seeleuten nach Beendigung der Reise und nach Vollendung der mit der Löschung und Ordnung des Schiffsgeräthes in Verbindung stehenden Arbeiten auszuzahlen.

Versichert darf die Volkshauer nicht werden, damit die Seeleute stets ein Interesse an der Erhaltung des Schiffes behalten.

Ehemals wurde den Seeleuten ein geringerer Lohn, dafür aber das Recht der „Führung“ bewilligt. Unter dieser verstand man die Ueberlassung eines bestimmten Raumes im Schiffe, in welchem sie Güter verladen konnten. Diese Führung ist jetzt nicht mehr gebräuchlich. Sollte sie vorkommen, so ist sie nach den Grundsätzen von der Gage zu beurtheilen. Jetzt ist es ihnen aber gestattet, so viel Waaren mitzunehmen, als sie in ihrer Koje (Platz im Volkslogis) lassen können; jedoch müssen sie dabei keiner Umgehung der Zollgesetze sich schuldig machen, auch gefährliche Stoffe und Kriegscontrebande einzuladen sich hüten. — Wird ihnen eine Führung in dem oben angedeuteten Sinne bewilligt, dann haben sie die eingeladenen Güter in das Manifest aufnehmen zu lassen. Bei dieser Führung kommt denn auch der Pacotillevertrag vor, bei welchem die von Seeleuten eingeladenen Waaren diesen zu dem Behufe mitgegeben werden, um sie an dem Bestimmungsorte für Rechnung des Gebers bestmöglich zu verkaufen. Der Seemann wird hierbei Commissionär des Gebers, ist diesem also ganz wie ein solcher verhaftet. — Wird der Pacotillevertrag mit dem Schiffer abgeschlossen, so heißt dies: dem Schiffer eine Consignation machen.

Für die Zahlung der Gage haftet dem Schiffsvolke das Schiff und die Fracht, nicht wie in England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, die Fracht allein. Wenn daher auch nur Theile des Schiffes gerettet worden sind, so ist aus deren Erlöse die Gage zu bezahlen und zwar die verdiente Gage für die gegenwärtige Reise, die allen anderen Forderungen vorgeht. Nur die wirkliche Gage, nicht der Gewinnantheil derjenigen, die auf diesen engagirt sind, hat solches Vorrecht; auch müssen die Seeleute beim Bergen redlich geholfen haben, wenn sie dieses Vorrechtes und der Zahlung der Gage theilhaftig werden wollen. Das erwähnte Vorrecht haben die Seeleute hinsichtlich der Fracht nur von der letzten Reise; hinsichtlich des Schiffes zwar auch später, indessen gehen demselben dann die Gage der letzten Reise sowie andere privilegirte Forderungen vor.

Die Seeleute segelfertiger Schiffe dürfen wegen Civilansprüche nicht verhaftet werden. Nach manchen Seerechten genießt die Volksbauer der Arrestfreiheit. — Für seine Führung genießt das Schiffsvolk Zollfreiheit. — Die Frage, ob die Bestimmung der L. un. §. 1. de B. P. ex test. milit. (37. 13.) auf Seeleute von Kauffahrern und Auswandererschiffen auszudehnen sei, ist bestritten. Nach den von Privilegien geltenden Grundsätzen muß man sich gegen diese Ausdehnung erklären. Läßt man diese Ausdehnung aber zu, dann darf man die Befugniß zur Errichtung eines privilegirten Testamentes nur insoweit gestatten, als zur Errichtung eines ordentlichen Testamentes keine Gelegenheit war [17]).

Manche Verbrechen werden, wenn sie von Seeleuten auf dem Schiffe begangen sind, härter bestraft. —

Eigentliche Verbrechen der Seeleute sind: 1) Widersetzlichkeit gegen den Schiffer und Rebellion gegen denselben; 2) Weigerung zu bergen; 3) thätliche Beleidigungen der Matrosen; 4) Unterschlagung von Victualien oder anvertrauten Gütern; 5) Wegsetzung des Schiffes; 6) jede Art von Baratterie, d. h. betrüglich den Rhedern oder Befrachtern zugefügtem Schaden; 7) Desertion.

Die peinliche Bestrafung dieser Vergehen steht dem Schiffer in der Regel nicht zu; wenn der Transport des Verbrechers an den Abgangsort nicht thunlich ist, dann hat der Schiffer ihn der Criminalbehörde des nächsten Hafens, den er anläuft, zu weiterer Verfügung zu überliefern; ja unter Umständen muß er den nächsten Hafen wegen Ablieferung des Verbrechers und Feststellung des Thatbestandes anlaufen, auch wenn dieser Hafen sonst nicht in seinem Curse liegt. Im äußersten Nothfalle ist jedoch dem Schiffer die Verhängung selbst peinlicher Strafen erlaubt. Die früheren grausamen Strafen der alten Seerechte sind unanwendbar; die peinliche Strafe des Landrechtes wird von dem erkennenden Gerichte oder von dem Schiffer, wenn dieser es vermag, anzuwenden sein.

Kleinere Vergehen bestraft der Schiffer mit angemessenen correctionellen Strafen.

Nicht zu den gewöhnlichen Seeleuten gehören die Lootsen. Diese sind Seeleute, welche das Schiff durch gewisse Fahrwasser zu führen, unternehmen. Man unterscheidet angestellte Lootsen und freiwillige Lootsen. Die ersteren sind Beamte mit einem bestimmten Dienstverhältnisse; ihrer muß sich der Schiffer auf der Strecke, für welche sie zur Schiffsführung angestellt sind, bedienen oder, wenn er dies unterläßt, dennoch Lootsengeld bezahlen, abgesehen von der Verantwortlichkeit bei einem auf dieser Strecke in solchem Falle erlittenen Schaden. Die freiwilligen Lootsen treiben die Führung von Schiffen auf dem ihnen

---

17) Das was Pöhls von der Intestaterbfolge des Schiffsvolkes in den Nachlaß eines unbeerbten Genossen Th. I, S. 283 sagt, beruht auf einem Mißverständnisse der L. 1. C. de hered. decurion. (VI. 62.)

bekannten Fahrwasser als freies Gewerbe. Der Schiffer ist unzweifelhaft berechtigt ihrer sich zu bedienen. — Das Lootsgeld der angestellten Lootsen ist obrigkeitlich festgestellt und wird zur Havarie ordinaire gerechnet; das Lootsgeld der freiwilligen Lootsen wird durch gegenseitige Uebereinkunft festgestellt und es wird, weil die Ausgabe eine unregelmäßige, aber zur Abwendung der für Schiff und Ladung gemeinsamen Gefahr gemacht ist, in Havarie-Grosse berechnet. — Der Lootse übernimmt, wenn er an Bord kommt, die Führung des Schiffes, mit dessen Eigenschaften in Bezug auf die Fahrt der Schiffer ihn bekannt zu machen hat. Der Schiffer hat zwar im allgemeinen den Anordnungen des Lootsen Folge zu leisten, darf sich aber, besonders wenn er offenbare Fehler der Führung wahrnimmt, keineswegës der Sorglosigkeit hinsichtlich der Fahrt hingeben, hat vielmehr allen Fleiß anzuwenden, des Lootsen Fehler unschädlich zu machen. Vgl. Erkenntniß der zweiten Kammer des Hamburger Handelsgerichtes vom 20. Februar 1850 in S. Hrn. Drs. de Chapeaurouge m. n. Carsten Meyer gegen Kap. Cook vom Dampfschiffe „Martello". — Der Lootse haftet für den durch sein Versehen entstandenen Schaden nicht nur mit seinem ganzen Vermögen, sondern er wird sogar peinlich bestraft.

Diejenigen Personen, denen das Schiff als Fahrzeug behufs einer Reise oder kleineren Fahrt dient, heißen dessen Passagiere. Ihr Verhältniß zur Rhederei wird gemeinrechtlich nach den römischen Grundsätzen des receptum nautarum et cauponum beurtheilt. Allein es bestehen an vielen Orten für die Beförderung von Auswanderern besondere Verordnungen, die dazu dienen sollen, den Unrechtfertigkeiten, welche von Auswandererexpedienten zu besorgen sind, vorzubeugen. In Teutschland dürfte die freie Hansestadt Hamburg die Beförderung von Auswanderern am besten geordnet haben und am genauesten obrigkeitlich überwachen lassen[18]). — Die Frage, ob der Schiffer eines Kauffahrers ohne den Willen der Rhederei Passagiere mitnehmen dürfe, ist dahin zu beantworten: 1) gegen den Willen der Rhederei darf er keine Passagiere aufnehmen; thut er es, so hat er der Rhederei nicht nur das Passagegeld abzuliefern, sondern ist dieser auch für allen aus der Aufnahme entstandenen Schaden verantwortlich; das Verbot der Rhederei braucht nicht ausdrücklich gegeben zu sein; es wird sich theils den Umständen, theils der Bestimmung des Schiffes, theils den Bedingungen bei der Anstellung des Schiffers entnehmen lassen. 2) Da, wo auf einen entgegenstehenden Willen der Rhederei nach dem Vorstehenden nicht geschlossen werden kann, muß man den Schiffer insoweit zur Beförderung

---

18) Vgl. revidirte Verordnung vom 3. Juni 1850 in Betreff der Verschiffung der über Hamburg direct nach anderen Welttheilen Auswandernden. Zusatzartikel zu derselben vom 6. August 1852. Verordnung in Betreff der Beförderung von Auswanderern, welche von Hamburg über andere europäische Zwischenhäfen nach fremden Welttheilen auswandern vom 28. Mai 1851.

von Passagieren für befugt halten, als durch dieselbe der Zweck seiner Reise nicht beeinträchtigt wird.

Nimmt der Schiffer Passagiere mit, dann hat er das eingenommene Passagegeld der Rhederei zu berechnen und darf nur dann eine Vergütung für sich in Anspruch nehmen, wenn er seine Kajüte mit ihnen getheilt oder sonst für ihre Beförderung im Interesse der Rhederei Opfer gebracht hat. Bei Annahme von Passagieren hat der Schiffer die größte Vorsicht anzuwenden, daß durch dieselbe seine Reise nicht behindert, oder Schiff oder Ladung in Gefahr gebracht werde. Zur unentgeltlichen Mitnahme von Passagieren ist der Schiffer insoweit berechtigt, als daraus der Rhederei kein Nachtheil entspringt (z. B. wenn ein Matrose überzählig mitgenommen wird) oder als er sich selbst ihretwegen einschränkt, z. B. durch Einräumung seiner Kajüte.

Der Passagier ist zwar nicht wie das Schiffsvolk dem Willen des Schiffers unterworfen, wohl aber hat er sich der Schiffsordnung zu fügen und muß dem Schiffer, soweit dieser sie aufrecht erhalten will, Folge leisten. Im Falle der Widersetzlichkeit eines Passagiers darf der Schiffer ihn unschädlich machen und ist berechtigt, ihn am nächsten Orte, den er anlaufen kann, abzusetzen und der Obrigkeit daselbst zur weiteren Verfügung zu stellen. Im Nothfalle ist der Passagier verpflichtet, der Schiffsmannschaft nach Kräften beizustehen, auch im Falle des Mangels an Lebensmitteln von seinem Proviant herzugeben. — Umgekehrt ist aber auch der Schiffer verpflichtet, dem kranken Passagier die mögliche Pflege angedeihen zu lassen und im Falle er an Lebensmitteln Mangel leidet, ihm solche zu reichen. — Wegen ansteckender Krankheit des Passagiers ist der Schiffer berechtigt, ihn an dem nächsten bewohnten Orte abzusetzen und der dortigen Gesundheitspolizei zu überweisen. Ob die Pflicht zur Beköstigung des Passagiers diesem selbst oder dem Schiffer obliege, ist in Ermangelung ausdrücklicher Verabredung oder landesgesetzlicher Vorschrift aus der Höhe des Passagegeldes, der Weite des Weges (bei Vergnügungsfahrten haben die Passagiere sich selbst zu beköstigen), dem Gebrauche und sonst aus den Umständen zu entnehmen. Bei den Auswandererschiffen pflegt für das Passagegeld auch die Beköstigung von der Rhederei geliefert zu werden, ja es ist an denjenigen Orten, wo eine gehörige Beaufsichtigung des Auswanderungswesens stattfindet, von Obrigkeitswegen der Rhederei zur Pflicht gemacht, daß ihre Schiffe ein bestimmtes Quantum Proviant mitnehmen und wird durch Beamte der Hafenpolizei vor der Abfahrt des Schiffes hierüber Untersuchung angestellt. Bei Kauffahrern streitet die Vermuthung für die Selbstbeköstigung des Passagiers. — In den Fällen, wo der Passagier sich selbst zu beköstigen hat, ist der Schiffer nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, dessen Proviant zu untersuchen. —

Der Passagier hat sich um die ihm vom Schiffer bestimmte Zeit an Bord einzufinden; der Schiffer ist nicht verpflichtet, auf ihn zu warten und ist nicht verpflichtet, selbst im Falle eines zufälligen Ver-

säumnisses des Passagiers das empfangene Passagegeld zu erstatten. Dagegen ist aber auch der Schiffer dem Passagier ersatzpflichtig, wenn er vor der bestimmten Zeit abreist oder ungeachtet günstigen Wetters zur bestimmten Zeit nicht abreisen will. Hinsichtlich des casus ist zu merken, daß der Schiffer, welchen der casus an der Erfüllung des Passagecontractes hindert, zwar durch den casus von dieser Erfüllung befreit wird, jedoch das pränumerirte Passagegeld zurückzuerstatten hat. Ereignet sich der casus in der Person des Passagiers, dann büßt dieser das gezahlte Passagegeld ein und muß das bereits bedungene zahlen[19]). — Für ein an Bord geborenes Kind wird keine Passage bezahlt[20]).

Der Schiffer hat für seine Forderung an den Passagier ein Retentionsrecht an dessen Sachen.

Geburts- und Sterbefälle unter den Passagieren hat der Schiffer auf geeignete Weise constatiren zu lassen.

Von der Befrachtung der Schiffe. Die zur Vermittelung des Verkehres bestimmten Schiffe können auf verschiedene Weise zum Erwerbe von ihren Eignern benutzt werden; sie dienen zum Fange von Seethieren, zum Transport für öffentliche Zwecke, zur Kaperei, zur Beförderung von Reisenden, zur Frachtfahrt. Die Benutzung zur Kaperei gehört in das Seekriegsrecht. Bei der Benutzung zum Transport für öffentliche Zwecke liegt in der Regel ein Miethverhältniß abseiten der Regierung mit den Eignern zum Grunde; es kann aber auch eine solche Benutzung zwangsweise eintreten, wobei von Seiten der eigenen oder befreundeten Regierung den Eignern volle Entschädigung zu leisten ist, es wäre denn, daß der Regierung nach dem bestehenden Rechte die Befugniß zusteht, im Falle des Bedürfnisses der Privatschiffe sich ohne Entschädigung bedienen zu dürfen. Geschieht die zwangsweis ausgeübte Benutzung vom Feinde, dann wird die Entschädigung der Eigener billigerweise auch von diesem geschehen müssen; eventualiter wird beim Friedensschlusse ihr Schaden zur Sprache gebracht werden können. — Bei dem Fange von Seethieren unternehmen entweder die Rheder selbst den Fang oder sie vermiethen zu demselben ihr Schiff. Dieses Verhältniß hat daher keine juristische Schwierigkeiten. — Ueber den Transport von Reisenden ist schon gehandelt und bemerkt worden, daß der Passagevertrag nach den Grundsätzen vom receptum beurtheilt werde. Nur die Frage bedarf hier einer Hervorhebung, ob die Rhederei den Passagieren aus dem receptum auch dann haftet, wenn sie nicht den Transport von Passagieren unternimmt, sondern ihr Schiff Expedienten zu diesem Behufe miethweise überlassen hat. Da nun das receptum keine dinglichen Ansprüche begründet, so daß für dieselben das Schiff aufzukommen hätte, sondern nur persönliche Ansprüche gegen den Contrahenten und seinen Vertreter, da in diesem Falle aber ein rein

19) L. 19. §. 9. locati.
20) L. 19. §. 7. locati.

persönliches Obligationsverhältniß mit dem Expedienten oder mit dem für diesen contrahirenden Schiffer stattfindet, diese Personen aber hier nicht als Vertreter der Rhederei betrachtet werden können und eine selbstständige Verbindlichkeit der Rhederei durch das Schiff nicht vorliegt, so ist die gestellte Frage zu verneinen. Es bleibt jetzt noch übrig die Benutzung der Schiffe zur Frachtfahrt. Diese ist näher zu erörtern. Zuvörderst wollen wir aber noch bemerken, daß von mehreren Rhedern auch einer das Schiff für sich benutzen kann. Dieser Fall hat nichts Besonderes; ein solcher Rheder hat eine doppelte Eigenschaft; er ist der Rhederschaft gegenüber eine dritte Person, ohne daß er aufhört socius zu sein. In praxi wird es indessen mitunter schwierig sein, diesen Fall von dem anderen zu unterscheiden, wo ein Mitrheder nur die Benutzung für die Rhederschaft ausübt. In diesem letzteren Falle erscheint der ausübende Rheder Dritten gegenüber zwar als Factor; im Verhältnisse zu seinen Mitrhedern bleibt er aber immer socius, was bekanntlich wegen der Beurtheilung seines Fleißes von Wichtigkeit ist.

Auch das ist noch zu bemerken, daß die Vermiethung eines Schiffes als Packraum nichts Besonderes hat und daß sie im Winter, wenn das Schiff im Hafen liegt, mitunter vorkommt.

Die Frachtfahrt besteht in der Verschiffung beweglicher Güter gegen einen Preis. Der Rheder, dessen Schiff zur Frachtfahrt benutzt wird, oder sein Bevollmächtigter heißt dem Verlader gegenüber Verfrachter, der Ablader heißt Befrachter; indessen kann auch derjenige, welcher von dem Rheder ein Schiff miethet, um es im ganzen oder nach räumlichen Theilen zu verfrachten, Verfrachter seinen Contrahenten gegenüber sein, die als Befrachter gelten.

Die Befugniß zur Verfrachtung von Schiffen ist nicht nothwendig an die Befugniß zum Handeltreiben geknüpft; die Befugniß zur Befrachtung von Schiffen jedoch nur insofern nicht, als keine Waaren verladen werden. Jedoch ist diese Befugniß wegen ihrer rechtlichen Stellung den Schiffsmäklern entschieden abzusprechen.

Sowohl der dirigirende Rheder, als auch der Schiffer sind im allgemeinen für befugt zu achten, für die Rhederschaft Frachtcontracte abzuschließen; jedoch darf man beide nicht befugt halten, auf besonders gefahrvolle Unternehmungen sich einzulassen. Beim Schiffer insbesondre ist darauf zu sehen, ob die Rhederschaft oder ihr Vertreter am Platze ist; wenn die Reise bestimmt und die Einnahme von Stückgütern (die Erklärung hiervon siehe unten) beschlossen worden, dann ist der Schiffer zur Annahme der einzelnen Waarenpartieen befugt, es sei denn, daß bei denselben eine ungewöhnliche Gefahr von Schiff oder Ladung in Frage käme.

Daß ein Mitrheder befugt ist, das Schiff selbst zu befrachten, kann nicht bestritten werden; nur darf dieses nicht zum Nachtheile der Rhederei geschehen, sofern diese nicht um ihre Einwilligung gefragt wird. Ist daher ein solcher Mitrheder nicht zugleich dirigirender Rheder,

so kann er diese Befrachtung nur dann mit Sicherheit vornehmen, wenn die Rhederei nicht schon anders disponirt hat und kein besseres Geschäft machen kann. Von seiner Befrachtung hat er der Rhederei ungesäumt Kenntniß zu geben und darf die Befrachtung nicht der Art sein, daß sie Schiff oder Ladung besonderer Gefahr aussetzt[21]). Der dirigirende Rheder, wie der Schiffer selbst, können unter den oben angegebenen Beschränkungen, unter denen sie Frachtcontracte mit Dritten abschließen dürfen, auch selbst das Schiff befrachten und sie haben in diesem Falle nur die laufende Fracht zu berechnen; gehen sie dagegen über jene Beschränkungen hinaus, so haben sie die höchste Fracht zu bezahlen, die zur Zeit ihrer Befrachtung zu machen war und sind außerdem für den durch die eingenommene Ladung oder die rechtswidrige Bestimmung des Schiffes entstehenden Schaden verantwortlich.

Man unterscheidet die Befrachtung auf Certepartie und diejenige auf Stückgüter; erstere ist als eine locatio conductio rei, letztere als eine locatio conductio operis zu betrachten. Außerdem wird beim Frachtcontracte, soweit es sich um den durch imputable Versehen abseiten des Schiffers und des Schiffsvolkes der Ladung entstandenen Schaden handelt, die Analogie der Grundsätze vom receptum angewendet[22]).

Einer besonderen Form zur Abschließung des Frachtcontractes bedarf es, mit Ausnahme der Schrift bei dem auf Certepartie, nicht; auch der Zuziehung von Mäklern bedarf es nicht; jedoch sind die Contrahenten, wenn sie sich eines Unterhändlers bedienen wollen, an die angestellten Schiffsmäkler gewiesen, die jedoch insofern nicht die Stellung anderer Mäkler haben, als sie Rathgeber des Schiffers sind. — Ist ein Schiffsmakler zugleich Correspondent der Rheder, dann ist der durch ihn vermittelte Frachtcontract als direct geschlossen zu betrachten.

Der Frachtvertrag auf Stückgüter wird als stillschweigend geschlossen dann zu betrachten sein, wenn der Schiffer ihm nicht declarirte Waaren (die er am Orte der Ladung, wenn er sie nicht befördern will, gerichtlich deponiren kann) mitnimmt, in welchem Falle er sie an den Bestimmungsort des Schiffes bringen muß, für dieselbe aber auch die höchste Fracht berechnen darf.

Die Verfrachtung auf Certepartie ist die Verdingung des Schiffes im ganzen oder theilweise zum Transport von Waaren; die Verfrachtung auf Stückgüter besteht in der Uebernahme des Transportes einzelner Waarenpartieen oder anderer Güter. Bei der ersteren Art der Verfrachtung kann eine Afterverfrachtung stattfinden, gerade wie bei der Vermiethung eine Aftervermiethung.

Die schriftlich abzufassende Certepartie muß, abgesehen von der

---

21) Anderer Meinung, aber ohne rechtliche Gründe, ist Pöhls und sein Nacharbeiter Kaltenborn.

22) Mit Unrecht spricht Pöhls a. a. O. von der directen Anwendung dieser Grundsätze.

im einzelnen getroffenen Vereinbarung, wie jeder Vertrag, die deutliche Bezeichnung der Contrahenten und des Gegenstandes des Vertrages enthalten. Gegenstand des Vertrages ist auf der einen Seite die Benutzung des Schiffes oder eines Theiles desselben zum Transport von Gütern; auf der anderen Seite die Lieferung der Ladung, durch deren Ablieferung die bedungene Fracht verdient wird. — Bei der Verfrachtung des ganzen Schiffes[23]) ist die Angabe der Trächtigkeit erforderlich; bei einer Verfrachtung eines Theiles desselben ist solche Angabe rathsam. Es kann nach der Größe der Umfang der gegenseitigen Verbindlichkeiten sich bestimmen und dann ist die Angabe der Größe wesentlich, wenn dieselbe nicht beiden Contrahenten bekannt ist[24]). — Wenn nicht das ganze Schiff verfrachtet worden, dann darf die Bestimmung, welcher Schiffsraum zu beladen ist, nicht fehlen. — Wichtig ist die Bestimmung der Liegetage, d. h. die Bestimmung der Zeit der Einladung und Entlöschung (Ausladung), sowie die Bestimmung der Ueberliegetage, d. h. die Festsetzung der Zeit, binnen welcher nach Ablauf der Liegetage das Schiff gegen eine bedungene, für den Tag zu zahlende, Vergütung zur Disposition des Befrachters bleiben muß. — Eine wesentliche Bedingung beim Befrachtungsvertrage ist die Bestimmung der Frachtzahlung. Die Fracht, als der Lohn für den Transport von Gütern, muß ebenso wie dieser Transport selbst Gegenstand des Frachtvertrages sein; dieser Vertrag würde ohne beides nicht vorhanden sein. Hieraus ergiebt sich, daß wenn in der Certepartie auch nicht ausdrücklich die Frachtzahlung stipulirt ist, dieselbe dennoch gefordert werden kann. Da der Schiffer nicht befugt ist, auf Kosten der Rhederei liberal zu handeln und da ein unentgeltlicher Transport ersichtlich gegen das Interesse der Rhederei ist, da der Schiffer gegen das Interesse der Rhederei nicht handeln, also auch keine Güter Dritter unentgeltlich befördern darf, dem Dritten aber diese natürliche Schranke der Befugnisse des Schiffers bekannt ist oder bekannt sein soll, so haftet der Dritte der Rhederei ipso facto, wenn er ihr Schiff zum Transporte von Gütern benutzt, weil er mit Unwissenheit sich nicht entschuldigen und durch den Schaden der Rhederei sich nicht bereichern darf. Die Rhederei kann also, selbst wenn der Schiffer ausdrücklich zum unentgeltlichen Transporte der Güter dem Befrachter sich verpflichtet hätte, auf Frachtzahlung klagen und zwar auf Zahlung laufender Fracht, weil diese überall da zu entrichten ist, wo nicht entweder eine höhere oder niedrigere Fracht bedungen worden. Aus dem oben aufgestellten Principe ist aber auch zu folgern, daß die Rhederei das an der laufenden Fracht Fehlende zu fordern

23) Von welcher die Kajüte, das Volkslogis und der Ort zur Aufbewahrung des Schiffsgeräthes ausgenommen ist.

24) Eine größere Angabe, wenn sie auch mit dem Meßbriefe übereinstimmt, macht den Verfrachter verantwortlich, es sei denn, daß bei Uebereinstimmung der Angabe mit dem Meßbriefe die Unverantwortlichkeit derselben ausdrücklich gesetzlich ausgesprochen wäre.

berechtigt ist, wenn der Schiffer eine augenscheinlich und ungewöhnlich niedrige Fracht bedungen hat. Dies folgt nach dem Schlusse a maiori ad minus und vom Ganzen auf die Theile. — Unter laufender Fracht versteht man dasjenige, was zur selben Zeit für andere Waaren oder Güter gleicher Art auf derselben Reise bezahlt worden ist. — Im Zweifel, also auch da, wo eine angemessene Fracht bedungen worden, gilt der Durchschnitt zwischen dem maximum und minimum. Ueber die verschiedenen Arten der ausdrücklich bedungenen Fracht sind zu vergleichen: Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 413 flg. Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 266 flg.

Wenn durch ein Versehen des Absenders die Ladung confiscirt wird, so ist für dieselbe dennoch die volle Fracht zu zahlen.

Als ein accessorium der Fracht sind die Kaplaken, welche ursprünglich die Entschädigung für die Anschaffung einer Winterbekleidung an den Schiffer enthielten, zu betrachten, wenn sie von dem Befrachter gezahlt werden; sie werden in diesem Falle von der Rhederei in Anspruch genommen. Indessen kommen sie auch noch als eine von der Rhederei dem Schiffer zu zahlende besondere Vergütung vor oder auch als die dem Schiffer zustehenden Procentantheile an der Fracht als Theil seiner Gage[25]). Dieses muß aber ausdrücklich bedungen sein. — Die Kaplaken sind in der Regel nicht von dem Ueberliegegelde und der Primage zu berechnen.

Es versteht sich, daß außer den vorstehend angegebenen Bestandtheilen der Certepartie in derselben besondere Bestimmungen enthalten sein können, wie im einzelnen Falle die Umstände es mit sich bringen, sowie auch das, was ohnehin Pflicht beider Theile ist, noch ausdrücklich bedungen werden kann. Hierher gehören: die Bestimmung wegen der Sorge für die Behandlung der Waare, wegen der Kosten des Ein- und Ausnehmens der Waare, wegen des Ein- und Auselarirens der Ladung, wegen des Anlaufens von Häfen, wegen der Correspondenten, an welche der Schiffer sich zu wenden hat (z. B. um Rückladung zu erhalten), wegen Completirung der Ladung, wegen des Cargadeurs.

Nach den meisten Seerechten wird schriftliche Ausfertigung der Certepartie verlangt; wo das der Fall ist, da kann erst nach Vollendung der Schrift aus derselben auf Erfüllung geklagt werden; vorher findet nur eine Klage auf Vollziehung statt. — Zweckmäßig, besonders in Kriegszeiten, ist die Beglaubigung der Certepartie. — Die Schließung einer Certepartie kommt nicht vor bei der Befrachtung mit Stückgütern, d. h. einer Ladung von Frachtgüterpartieen verschiedener Befrachter. Hier pflegt man sich, wenn die Befrachtung nicht durch einen Schiffsmakler vermittelt wird, mit mündlicher oder brieflicher Verabredung und mit der Zeichnung der Connossemente zu begnügen. — Dieser Vertrag hat insofern etwas Unbestimmtes, als er von dem Zustande-

25) Vgl. Hamb. Sammlung oberappellationsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II, Abthl. 2, Nr. 73.

kommen einer vollen Ladung, d. h. einer hinlängliche Fracht abwerfenden Ladung, abhängig ist.

Hinsichtlich der Wirkungen des abgeschlossenen Frachtvertrages ist es selbstverständlich, daß derselbe unter den Contrahenten und folgeweise unter denjenigen, deren Stelle die Contrahenten vertreten, einander correspondirende Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt.

Die Pflichten des Schiffers vor der Reise in Bezug auf die Ladung dem Befrachter oder Ablader gegenüber sind denen sehr ähnlich, welche er schon wegen des seiner Führung anvertrauten Schiffes der Rhederei gegenüber hat. Der Schiffer hat das Schiff für die bevorstehende Reise und für die einzunehmende Ladung in den gehörigen Stand zu setzen, für die nöthige Ausbesserung desselben an Holz-, Metall-, Segel- und Tauwerk, für die Vervollständigung und erforderliche Erneuerung der Geräthschaften, namentlich zum Winden, Sorge zu tragen, die zur Vertilgung des Ungeziefers nöthigen Hausthiere anzuschaffen und die Reinigung des Schiffes bewerkstelligen zu lassen; er muß den Befrachter oder Ablader rechtzeitig benachrichtigen, wenn er zur Einnahme der Güter bereit ist; die von dem Befrachter oder Ablader an Bord gesandten Güter hat er unweigerlich anzunehmen, mit Ausnahme bei einer Stückgüterladung; bei dieser ist er nicht eher zur Einnahme der Ladung verpflichtet, als er die volle Ladung angenommen hat, weil nach der Beschaffenheit der Güter die Stelle sich richtet, welche sie im Schiffe einzunehmen haben. — Der Schiffer muß ferner über die Stauung der Güter und die Garnirung derselben die gehörige Aufsicht führen, d. h. auf die Ordnung, in welcher sie geladen werden, auf ihre Befestigung im Schiffsraume und auf das Unterschlagen mit Holz, damit sie vom Spülwasser nicht beschädigt werden. Diese Aufsicht hat er selbst da zu führen, wo er die Stauung durch dafür angestellte Leute beschaffen läßt oder beschaffen lassen muß. — Der Schiffer hat ferner bei der Stauung sowie bei der Einnahme der Ladung das Schiffsvolk gehörig zu beaufsichtigen und muß sich vor Ueberladung des Schiffes hüten. — Was insbesondre die Aufsicht beim Einnehmen der Ladung betrifft, so führt diese in der Regel der Steuermann, der selbstverständlich keine anderen Güter annehmen darf, als deren Verladung mit dem Schiffer vereinbart ist. Diese Güter verzeichnet der Steuermann, nachdem sie eingenommen, mit dem Datum der Einnahme in das Ladebuch. Demjenigen, der die Güter an Bord bringt, ertheilt der Steuermann einen mit dem Ladebuche übereinstimmenden Empfangschein (recepisse, receive, Recief). Insofern jeder Inhaber dieses Documentes von dem Schiffer die Zeichnung des Connossementes verlangen kann, ist dasselbe ein Papier au porteur. — Nach eingenommener Ladung ist der Schiffer verpflichtet, das Connossement zu zeichnen. Hier ist der Artikel **Connossement** Bd. III, S. 30 flg. zu vergleichen, zu dessen Literatur wir nur hinzufügen: **Thöl**, Handelsrecht Bd. I, §. 80; Götting. gelehrt. Anzeigen Jahrg. 1852 S. 397 flg. — Nach den Connossementen ist

über die eingeladenen Güter das Manifest aufzumachen, d. i. ein Verzeichniß der Ladung nach tabellarischer Aufmachung in Columnen, welches die Marken und Nummern, die Zahl der Gebinde, Ballen, Colli u. s. w., deren angeblichen Inhalt, das Maß oder Gewicht, die Namen der Ablader und der Empfänger und die Summe der Fracht enthält. Dieses Document ist besonders in Kriegszeiten von Wichtigkeit und ist dann dessen Vidimirung zweckmäßig. Das Ladungsmanifest zerfällt in das ausgehende, hinsichtlich der Güter welche der Schiffer ausführt, und in das eingehende, hinsichtlich derjenigen, welche er einführt. — Sodann ist die vorschriftmäßige Angabe bei den zuständigen Ortsbehörden über Schiff nnd Ladung zu machen (die Clarirung) und die vorgeschriebenen Abgaben zu entrichten. Die Clarirung zerfällt in die Ausclarirung beim Abgange und die Einclarirung bei der Ankunft, über letztere ist das Weitere unten zu bemerken. —

Während der Reise hat der Schiffer hauptsächlich folgendes zu beobachten: 1) wenn keine Zeit zur Abfahrt bestimmt ist, darf er nach eingenommener Ladung den Wind nicht verliegen, d. h. den ersten guten Wind nicht vorübergehen lassen; 2) wenn für den Abgang eine bestimmte Zeit bedungen ist, dann muß er um diese Zeit selbst bei widrigem Winde abgehen, es sei denn, daß Sturm und Unwetter eingetreten wären; diese sind als höhere Gewalt zu betrachten, welche den Abgang verhindert; ebenso wird sein Abgang durch Feindesgefahr verhindert; 3) er muß in Person die Reise machen; im Falle einer rechtsgiltigen Verhinderung hat er für einen fähigen Ersatzmann zu sorgen, der aber nicht gerade ein Capitain zu sein braucht, wohl aber jedenfalls ein bewährter Steuermann sein muß; 4) die Güter sind in dem Schiffe zu befördern, über welches der Schiffer mit den Ladungsinteressenten oder deren Vertretern contrahirt hat. Hiervon befreit ein Unfall, der den Transport mit dem verdungenen Schiffe unmöglich macht, wovon den Befrachtern sogleich Nachricht zu geben ist. Die Einwilligung der Befrachter hebt hier stets die Verbindlichkeit des Schiffers auf, der sonst, im Falle das andere Schiff schlechter ist als das verdungene, und Schaden leidet oder untergeht, von dem Schadensersatze nur dann befreit ist, wenn auch sein Schiff auf derselben Reise verloren ging; die Substituirung eines besseren Schiffes für das verdungene, wenn von dieser nur den Befrachtern oder den Ladungsinteressenten (z. B. wegen ihrer Verpflichtung gegen die Assecuradeure) zeitig Nachricht gegeben worden, schadet dem Schiffer gemeinrechtlich nicht. L. 10. §. 1. de L. Rhodia (14. 2.); L. 13. §. locati (19. 2.) und ist hiernach Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 469 zu berichtigen. 5) Der Schiffer hat für die Erhaltung der Ladung zu sorgen, z. B. durch Bedecken mit Persenningen (getheertem Segeltuche), Verschließung der Oeffnungen des Schiffes, Oeffnen der Schiffsluken, wenn das Wetter es erlaubt, zur Abkühlung der Ladung, Pflege der das Ungeziefer vertilgenden Hausthiere, Beaufsichtigung der Ladung, damit sie nicht gestohlen wird, Sicherung der-

selben bei Seeunfällen; 6) der Schiffer hat in der Regel den nächsten Weg (Curs) zu machen, allein der größeren Sicherheit für Schiff und Ladung halber darf er wohl seinen Curs verändern, muß hiervon aber sobald wie möglich den Befrachtern Nachricht geben. Zum Einlaufen in einen anderen Bestimmungshafen darf ihn nur höhere Gewalt veranlassen; 7) zur Veräußerung oder Benutzung eingeladener Güter zur Erhaltung seiner selbst und der Mannschaft, sowie zum Seewurfe ist er nur im äußersten Nothfalle berechtigt und muß hiervon sobald wie möglich den Befrachtern Nachricht geben; 8) in Kriegszeiten hat er alles zu vermeiden, was Schiff und Ladung in Gefahr bringen kann, und im Falle eines eingetretenen Schadens, z. B. durch Aufbringung, darauf sein Streben zu richten, denselben zu vermindern oder einzuholen, wobei er seinen Befrachtern sogleich Nachricht geben muß.

Nach vollendeter Reise hat der Schiffer hauptsächlich folgende Pflichten: Zunächst hat er das Schiff einzuclariren (s. oben); er hat sein Schiff in dem Hafen, wenn er in diesen kommen kann, an einen bequemen Platz zu legen, um die Ausladung (Entlößung oder Entlöschung) zu bewerkstelligen. Für den Fall, daß er den gewöhnlichen Ausladungsplatz nicht erreichen kann und daß die Ladung durch Leichterschiffe dahin geschafft werden muß, hat er beim Ausladen in die Leichterschiffe ebenfalls die gehörige Vorsicht anzuwenden. Hierbei ist zu bemerken, daß die Kosten der Leichterschiffe in der Regel dann dem Destinatair zur Last fallen, wenn das Fahrwasser oder die Lage des Ortes der Art ist, daß regelmäßig vorher in Leichterschiffe eingeladen werden muß; daß dagegen, wenn die Beschaffenheit gerade dieses Schiffes das Erreichen des Löschplatzes verhindert, die Kosten dem Schiffer zur Last fallen. Im ersteren Falle gilt die Reise bei der Ankunft an der Stelle, an welcher regelmäßig in die Leichterschiffe eingeladen wird, als beendigt; im anderen Falle haftet der Schiffer auch für die beim Transporte durch die Leichterschiffe begangenen Versehen. In beiden Fällen haftet der Schiffer für die beim Ueberladen begangenen Versehen sowie für Sicherheit der Güter gegen Diebstahl bis das Leichterschiff von seinem Schiffe abgegangen ist, mit welchem Momente er in dem Falle der nach dem Obigen als beendet anzusehenden Reise von weiterer Haftung frei wird.

Wenn der Schiffer erst an dem nächsten Bestimmungsorte Ladung einnehmen soll, dann beginnen erst an diesem die Rechte des Befrachters und er hat sich hier ganz so zu verhalten, wie wenn er am Abgangsplatze Ladung einzunehmen hätte. Hier ist indessen häufig die rechtzeitige Ankunft des Schiffers von Bedeutung, so daß diese als Bedingung dem Befrachtungsvertrage hinzugefügt wird. Im allgemeinen schadet nämlich die durch höhere Gewalt verzögerte Ankunft dem Schiffer nicht; ist aber jene Bedingung hinzugefügt, dann ist der Befrachter von seiner Verbindlichkeit gegen den Schiffer frei. Bei der Ankunft am Ladeplatze hat er sich bei dem Befrachter zu melden. —

Der Schiffer, welcher mit seiner Ladung an seinem Bestimmungs-

orte ankommt, hat sich im Falle er durch Cerlepartie befrachtet ist, bei dem Destinatair zu melden; hat er Stückgüter geladen, dann hat er für die Bekanntmachung seiner Ankunft zu sorgen; diejenigen, an deren Adresse er Güter geladen, haben sich dann bei ihm zu melden. — Bei Ablieferung der Waare hat der Schiffer die Legitimation der Empfänger, namentlich also die ihm vorgezeigten Connossemente, gehörig zu prüfen. Vgl. Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 475, 476.

Ferner hat der Schiffer beim Ausladen die gehörige Sorgfalt, namentlich in Betreff der Winden und Taue anzuwenden. — Hinsichtlich des Zustandes, in welchem die Ladung von ihm zu liefern ist, gilt im allgemeinen die Regel, daß er die Güter in dem Zustande abzuliefern hat, in welchem er sie empfangen und daß er für jeden nicht durch höhere Gewalt oder durch Versehen des Abladers oder durch die Natur der verladenen Güter selbst herbeigeführten Schaden aufzukommen hat. — Was insbesondre die Qualität und Quantität betrifft, so ist seine Haftungspflicht verschieden, je nachdem ihm die Güter nach Maß und Gewicht, in Gebinden, in Packen oder lose überliefert sind. Die Vermehrung des Gewichts der verladenen Güter, z. B. durch Anziehen von Feuchtigkeit, nützt dem Schiffer nicht. — Ebenso kommt ihm die dem Connossemente hinzugefügte Clausel: Inhalt unbekannt, nur insofern zu Gute, als gegen ihn der Beweis zu führen ist, daß ihm der Inhalt bekannt geworden. Auch die Clausel: frei von Beschädigung, befreit ihn nicht von der Haftung für solche Versehen, für die er seiner Stellung nach ohnehin aufzukommen hat[26]). — Die Einrede des Schiffers, daß er die im Connossemente verzeichneten Güter nicht empfangen habe, befreit ihn dem Destinatair gegenüber nicht von der Lieferung; er hat deshalb nur einen Regreß gegen den Befrachter. —

Hat der Schiffer die Güter ordnungsmäßig abgeliefert, dann ist er berechtigt, eine reine Quittung zu verlangen. — Falls die Güter durch höhere Gewalt verloren gegangen oder beschädigt worden sind, so hat er sich darüber zu rechtfertigen, Rechnung darüber abzulegen und die Beweise nach den Gebräuchen der See zu liefern, also durch Verklarung; bevor diese belegt ist, darf er daher das Schiffsvolk nicht entlassen[27]). —

Zur Beaufsichtigung der Ladung am Bord sowie häufig zum Verkaufe derselben und zur Besorgung von Retouren senden die Ablader bisweilen einen Bevollmächtigten mit, der Supercargo oder Cargadeur genannt wird. Dieser hat sich in den Befehl und die Führung des Schiffes nicht zu mischen; soweit aber sein Auftrag reicht, befreit er den Schiffer von der Sorge für die Ladung, wobei der Schiffer jedoch den Anforderungen des Supercargo nur nachzugeben hat, soweit dieses mit seinem Amte sonst verträglich ist.

---

26) Vgl. Hamb. Samml. oberapp. Entscheidungen Bd. III, Abth. 3, Nr. 83.

27) Vgl. Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 477 flg. Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 339 flg.

Der Befrachter ist verpflichtet, dem Schiffer die stipulirte Ladung rechtzeitig zu liefern, widrigenfalls er demselben schadenersatzpflichtig ist. Hiervon befreit ihn kein Zufall, der nicht das Contractverhältniß selbst trifft, es sei denn, daß die Ladung einer species ausdrücklich bedungen und diese species zufällig untergegangen wäre. Kleinigkeiten hinsichtlich der Quantität und der Zeit kommen nicht in Betracht, sofern dadurch nur kein Schade für das Schiff entsteht. Wird die Ladung an einem dritten Orte eingenommen, so gilt ganz dasselbe. — Der Befrachter ist verpflichtet, dem Schiffer den Inhalt der Gebinde, Packen u. s. w. richtig anzugeben und haftet demselben für den aus der Nichtangabe oder unrichtigen Angabe entstandenen Schaden. — Nur die bedungene Ladung darf der Befrachter an Bord senden. — Wird wegen Versehen des Abladers die Empfangnahme der Ladung verweigert, so hat der Schiffer, wenn er durch den Verkauf der Ladung für die Fracht und Unkosten nicht gedeckt ist, einen Regreß gegen den Ablader. — Hat der Befrachter eine Afterbefrachtung geschlossen, so hat der Schiffer dieselbe dann sich gefallen zu lassen, wenn der Afterbefrachter die dem Befrachter obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt, und er behält, soweit dieses nicht der Fall ist, seine Ansprüche gegen den Befrachter. — Nach geschehener Beladung hat der Befrachter dem Schiffer das Connossement zur Unterzeichnung vorzulegen. — Besonders kostbare Gegenstände sind speciell namhaft zu machen, damit sie beim Werfen geschont werden, sowie auch zum Behufe des Ersatzes für dieselben in Havarie-Grosse.

Wenn dem Schiffer die bedungene Ladung entweder gar nicht oder nicht vollständig, oder zu einem geringeren Frachtpreise geliefert wird, so wird dieses Fautfracht genannt. Der Schiffer hat, unter der Voraussetzung, daß er die ihm obliegenden Verpflichtungen gegen den Befrachter oder den Ablader erfüllt, gegen den Befrachter seinen Anspruch auf vollständige Erfüllung des Frachtvertrages, also auf Leistung desjenigen, was ihm an der bedungenen Fracht fehlt, sowie auf Erstattung etwa nothwendig gewordener Unkosten, z. B. für Einnahme von Ballast, wenn er etwa gar keine Ladung oder nicht hinreichende Ladung, um mit dieser See halten zu können, empfangen hat.

Um seine Rechte gegen den Befrachter zu wahren, hat der Schiffer dafür zu sorgen, daß seine Bereitschaft zur Einnahme der Ladung außer Zweifel gesetzt werde. Dieses geschieht am einfachsten durch einen rechtzeitig aufgenommenen Protest. Einer solchen Förmlichkeit bedarf es nicht, wenn der Schiffer auf Lieferung der Ladung klagt. Klagt er aber nach Ablauf der Ladezeit auf das Interesse, dann ist die Feststellung der Thatsache, daß seinerseits nichts versäumt worden, allerdings vonnöthen. Diese Thatsache kann nun freilich auf verschiedene Weise festgestellt werden; am zweckmäßigsten ist hier aber eine beglaubigte Aufforderung zur Lieferung der Ladung und ein beglaubigter Protest im Falle der Erfolglosigkeit solcher Aufforderung; besonders in dem Falle ist der Protest zweckmäßig, wenn der Ablader eine andere Person

ist, als der Befrachter. Der Protest ist nach den vorschriftmäßigen Formalien des Abladeortes aufzunehmen, da hier der Erfüllungsort des Befrachtungsvertrages ist und da dasjenige, was man als forum contractus bezeichnet, nichts anderes ist, als der Erfüllungsort [28]); indessen genügen auch die Formalien, welche nach den rechtlichen Bestimmungen an dem Wohnorte des Befrachters erfordert werden, weil der Protest gegen den Befrachter wirken soll und weil dieser gegen die Form des Protestes nichts einwenden darf, wenn hinsichtlich derselben dem Rechte seines Wohnortes entsprochen ist. — Die rechtzeitige Aufnahme des Protestes setzt voraus, daß demselben die beglaubigte Aufforderung zur Lieferung der Ladung voraufgegangen und daß er nicht vor Ablauf der Liegezeit erhoben worden. — Aus der Unterlassung des Protestes folgt, wie Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 355 mit Recht behauptet, keinesweges ein Verzicht des Schiffers auf die Rechte aus dem Befrachtungsvertrage; denn ein solcher Verzicht auf die Rechte der Rhederei widerstreitet dem in seiner Stellung zur Rhederei liegenden muthmaßlichen Auftrage. Allein die Erhebung des Protestes setzt seine Ansprüche außer Zweifel und die Unterlassung desselben kann leicht eine ihm nachtheilige praesumtio hominis veranlassen; an manchen Orten ist sogar die Erhebung des Protestes für den Regreß gegen den Befrachter ausdrücklich durch das Recht festgestellte Bedingung. — Der Schiffer kann aber in dem Falle keinen Anspruch wegen Fautfracht gegen den Befrachter erheben, wenn ihm eine der bedungenen gleichkommende oder gar dieselbe übersteigende Fracht für Annahme einer anderen als der ihm in Aussicht gestellten Ladung angeboten wird. Selbst eine geringere Fracht abwerfende Ladung muß er annehmen, weil dadurch der Schaden des Befrachters vermindert wird. Nur dann darf er solche sich ihm darbietende Ladung ausschlagen, wenn dieselbe sein Schiff oder die übrige Ladung gefährdet. — Wegen einer anderweitigen Ladung besonders sich zu bemühen, hat der Schiffer nicht nöthig. — Erhält der Schiffer eine Ladung, die dem Schiffe mehr Fracht einbringt als sein Interesse bei der bedungenen Ladung beträgt, so kommt nicht dem Befrachter der Ueberschuß zu Gute, versteht sich, daß in diesem Falle vorher auch die Unkosten gedeckt sein müssen; denn den Ueberschuß kann das Schiff nicht eher in Anspruch nehmen, als bis der Befrachter gedeckt ist.

Ueber die Berechnung der Fautfracht sind zu vergleichen Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 495—498; Kaltenborn a. a. O. Bd. I, S. 358, 359.

Wegen Versehen bei Nichterfüllung des Vertrages sind Schiffer und Befrachter einander ganz nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich und haftet der Schiffer nach Analogie des receptum außerdem bis zur Empfangnahme der Ladung abseiten des Destinatairs oder seiner Vertreter selbst für die Versehen derjenigen, die nicht zum Schiffsvolke

---

28) Vgl. J. A. M. Albrecht, über das Motiv des forum contractus und Harder, kleine Beiträge zur Rechtswissenschaft.

gehören. Im allgemeinen gelten auch hinsichtlich der Tragung des Zufalles oder der höheren Gewalt hier keine besonderen Grundsätze; allein hinsichtlich der Anwendung derselben ist Folgendes zu merken:

I. Durch den vor der Reise eintretenden Zufall (die höhere Gewalt), mag dieser das Schiff oder die Ladung allein oder beide gemeinsam treffen, wird das Contractsverhältniß aufgehoben, soweit dasselbe nicht erfüllt werden kann, also wenn die Reise factisch oder rechtlich unmöglich wird; ist das eingetretene Hinderniß vorübergehend, dann bleiben beide Theile an den Contract gebunden und haben das Vorübergehen abzuwarten, vorausgesetzt, daß nicht die Natur der Ladung dieses Warten unmöglich macht, in welchem Falle gleichfalls Aufhebung des Vertrages anzunehmen ist. —

II. Ereignet sich der Zufall (die höhere Gewalt) während der Reise, so hat ihn derjenige zu tragen, den er trifft. Trifft er den Befrachter, so ist dem Schiffer die volle Fracht zu zahlen; trifft er den Schiffer, so hat dieser nur pro rata itineris auf Frachtzahlung Anspruch. — Ganz hiernach ist in dem Falle zu entscheiden, wenn ein Schiff für Hin- und Rückreise verfrachtet ist.

Auch in dem Falle, wo der Zufall den Befrachter von der Erfüllung des Vertrages nach dem Obigen befreit oder wo der Befrachter entschädigungspflichtig ist, hat der Schiffer selbstverständlich im Interesse der Rhederei für eine anderweitige Ladung zu sorgen; allein dem Befrachter gegenüber ist er hierzu nicht verpflichtet, wenn gleich der von diesem zu leistende Schadensersatz von selbst um soviel sich vermindert, als der Schaden des Schiffes durch die erlangte anderweitige Ladung abgewendet worden.

Hinsichtlich der Frachtzahlung gilt die Hauptregel: Fracht wird von dem Destinatair nur bezahlt für das vom Schiffer wirklich abgelieferte Gut. — Für dieses aber ist sie, es mag beschädigt sein oder nicht, zu entrichten, wiewohl da, wo den Schiffer die Schuld der Beschädigung trifft, der Schadensanspruch gegen ihn compensando in Rechnung gebracht werden kann. Man muß bei jener Regel die Worte „von dem Destinatair" nicht übersehen; denn der Befrachter hat, wenn der Destinatair den Empfang weigert und diesem also nicht geliefert werden kann, auch dann Fracht zu bezahlen, wenn das Gut nach verweigertem Empfange von Seiten des Destinatairs untergegangen ist, wiewohl auch er etwaige Schadensansprüche gegen den Schiffer compensando in Rechnung bringen darf. — Die Verpflichtung des Destinatairs zur Bezahlung der Fracht liegt in dem Empfange der Güter, den er dem Schiffer gegenüber wegen solcher mangelhaften Eigenschaften, die durch die Natur des Gutes oder durch die fehlerhafte Verpackung entstanden sind, nicht verweigern darf; dem Absender gegenüber kann er durch einen Protest seine Gerechtsame wahren. Der Schiffer genügt seiner Verpflichtung, wenn er das Gut dem Connossemente und der Certepartie gemäß abzuliefern bereit ist. Ist die Beschädigung ohne Schuld des Schiffers,

seiner Mannschaft und der Passagiere geschehen, so darf der Destinatair dem Schiffer[29]) gegenüber den Empfang und die Frachtzahlung nicht verweigern, wofern ihm nicht das Recht zusteht, die Güter für die Fracht am Bord stehen zu lassen. Dieses Recht steht ihm zu, wenn die Waare verleckt ist, was bei flüssigen Waaren und bei solchen, die, wenn sie verderben, lecken, der Fall sein kann. Die gewöhnliche Leckage kommt aber hier nicht in Betracht, sondern nur eine ungewöhnliche, bedeutende. Im Falle einer solchen Leckage steht dem Destinatair das Recht zu, die vollen Gebinde zu empfangen und die leeren für die Fracht stehen zu lassen, ohne daß hier durch die Art des Frachtvertrages Modificationen eintreten, wie einige Schriftsteller mit Unrecht annehmen. Denn da der Schiffer die Verabfolgung des Ganzen gegen Frachtzahlung nicht verweigern darf, so gilt dasselbe hinsichtlich der Theile; der Schiffer darf mithin die Verabfolgung der einzelnen vollen Gebinde nicht verweigern und da er, wenn die ganze Waare verleckt ist, das Stehenlassen sämmtlicher Gebinde für die Fracht sich gefallen lassen muß, muß er auch das Stehenlassen der einzelnen leeren Gebinde für die Fracht sich gefallen lassen. Der Destinatair darf aber, sofern wegen des Verleckens ihm ein Regreß gegen den Ablader zusteht, in dessen Interesse den Empfang der vollen Gebinde nicht verweigern. — Hiermit stimmt auch der Grundsatz, daß der Zufall sowohl von dem Ladungsinteressenten, als auch von dem Schiffer soweit zu tragen ist, als er jenen oder diesen trifft. Soweit die Ladung durch Zufall untergeht, also z. B. verleckt, trifft dieser Zufall hinsichtlich der Ladung den Destinatair, hinsichtlich der Fracht den Schiffer. Hinsichtlich des nicht verleckten Theiles der Ladung ist aber gar kein Zufall vorhanden, mithin erhält diesen Theil der Ladung der Destinatair und die Fracht dafür der Schiffer, weil der Zufall nicht weiter wirken kann, als er sich erstreckt. — Das Stehenlassen der geladenen Güter am Bord für die Fracht ist ein über den Wortsinn nicht hinausgehendes Recht; ist das Gut einmal vom Bord weggenommen, so ist jenes Recht erloschen. — Das soeben näher bezeichnete Recht des Destinatairs kann durch ausdrückliche Stipulation des Schiffers, die auch in der mit der Zeichnung des Connossementes verbundenen Clausel „frei von Leckage“ liegt, aufgehoben werden. —

Der Schiffer kann nur das wirklich Erhaltene abliefern; wo daher kein von ihm zu verantwortendes Versehen vorliegt, da hat er, im Falle etwas fehlt, darunter nicht zu leiden, wenn die Fracht nach Maß oder Gewicht verdungen ist, worunter, wenn nicht ausdrücklich „auszuliefernde“ Gewicht (Maß) genannt ist, stets das Gewicht (Maß) verstanden wird, welches das Connossement als eingenommen bezeichnet. Bei Verladung in Fustagen erhält der Schiffer nur für die gelieferten Gebinde Fracht, auch wenn die nicht gelieferten ohne eine von ihm zu verantwortende Schuld verloren gegangen sind, weil hier die Fracht

29) Anders stellt sich die Frage dem Versicherer gegenüber.

nach Stückzahl bedungen ist. Dasselbe gilt, wenn Ballen und andere Frachtstücke nach Stückzahl verdungen sind. — Verschifft der Befrachter die verdungene Quantität nicht, so hat der Schiffer dennoch Anspruch auf die Fracht für das Ganze. — Bei der Verschiffung von lebenden Thieren verliert der Schiffer, wenn einige derselben sterben, von der bedungenen Fracht nichts, wenn nicht ausdrücklich für lebende Thiere Fracht bedungen ist. Dagegen vergrößert sich aber hierbei auch, wenn die Fracht nicht nach abzuliefernder Stückzahl bedungen ist, der Frachtanspruch nicht, wenn auf der Reise Junge geworfen werden [30]).

Wo keine Frachtsumme ausdrücklich bedungen und wo von dem Stellvertreter der Rhederei überhaupt keine Fracht bedungen worden, da kann, sofern nicht eine zulässige Schenkung bewiesen wird, die laufende Fracht gefordert werden, die je nach den besonderen Verhältnissen zu ermitteln ist. — Wird von dem Befrachter mehr als verdungen verladen, so ist, wenn dieses der Schiffer nicht wußte, von dem Mehr die höchste Fracht zu zahlen, die zu derselben Zeit für ähnliche Güter bezahlt wurde.

Abgesehen von dem Stehenlassen am Bord für die Fracht, hat der Schiffer das Recht, die Berichtigung der Fracht in Gelde zu fordern; auch Wechsel ersetzen das Geld nicht, da die Veräußerung derselben wie schon ihre Empfangnahme besondere Verpflichtungen mit sich bringt.

Die Fracht ist fällig bei Ablieferung der Güter; der Schiffer hat gemeinrechtlich für die Fracht und deren Accessorien (Kaplaken, Primage, ordinaire Havarie, Kühlgeld) ein Retentionsrecht an dem verladenen Gute, nicht aber ein Faustpfandrecht, noch überhaupt ein Pfandrecht, weil eine Ausdehnung oder analoge Anwendung der locatio praedii urbani bei dem Frachtvertrage ersichtlich unzulässig ist; läßt er die Ladung gegen Creditirung der Fracht verabfolgen, so giebt er auf seine Gefahr Credit und hat wegen der Frachtzahlung keinen Regreß weder gegen den Befrachter, noch gegen die Rhederei; im Gegentheile haftet er Allen, die bei der Nichtzahlung der Fracht und ihrer Accessorien interessirt sind, wiewohl er einen persönlichen Anspruch gegen den Empfänger behält. Das Recht auf die Fracht erwirbt der Schiffer in dem Augenblicke, in welchem er die Ladung einnimmt. In den Fällen daher, wo der Befrachter gegen Zahlung der halben oder der ganzen Fracht das eingeladene Gut wieder aus dem Schiffe nehmen kann, steht dem Schiffer wegen seiner Befriedigung gleichfalls das Retentionsrecht zu. — Auch wegen der Fautfracht hat er dieses Recht, selbstverständlich soweit es sich gegen den Befrachter ausüben läßt, was gegen dritte Personen, die, bei Unbekanntschaft mit der Certepartie, ihre Güter einluden und denen der Schiffer ihre Connossemente zeichnete, unstatthaft ist. Zu solchen dritten

30) Der Fall von dem auf der Reise geborenen Kinde, für welches kein Passagegeld bezahlt wird, gehört deshalb nicht hierher, weil Passagegeld und Fracht zwei verschiedene Dinge sind.

Personen gehört selbst der ursprüngliche Ablader, der statt der mit dem Befrachter verdungenen eine neue Ladung giebt, nur darf er mit dem Befrachter nicht identisch sein.

Nach gemeinen seerechtlichen Grundsätzen kann der Befrachter unter gewissen Voraussetzungen, nach welchen ihm der Befrachtungsvertrag nutzlos geworden, denselben gegen Erlegung bald der ganzen, bald der halben Fracht rückgängig machen. Hier findet also, abgesehen von dem Falle der Fautfracht, Frachtzahlung statt, ohne daß die Güter an ihren Bestimmungsort gebracht sind. Der Befrachter kann, wenn er dieses Recht ausübt, selbst die verladenen Güter wieder zu sich nehmen; jedoch ist die Ausübung dieses Rechtes dadurch bedingt, daß die Reise noch nicht begonnen hat oder, wo der Ablader von dem Befrachter verschieden, daß das Schiff noch nicht nach dem Ladeplatze abgegangen ist. Ueberdies hat der Befrachter dem Schiffer die Connossemente für die zurückgenommene Waare zurückzuliefern. — Zu einem Beitrage zur Havarie-Grosse, wie im Falle der Fautfracht, ist hier der Befrachter nicht verpflichtet; wohl aber zur Vergütung der oben genannten Accessorien der Fracht nach dem Verhältnisse, in welchem diese vergütet wird.

Im Falle höherer Gewalt gilt im allgemeinen, wie bemerkt, der Grundsatz, daß der Zufall von demjenigen zu tragen ist, den er trifft. Hiernach wird für verloren gegangene Güter keine Fracht bezahlt; zu diesen sind aber diejenigen nicht zu rechnen, die in Havarie-Grosse vergütet werden. Auch für geborgene Güter wird, außer den Bergungskosten, vom Empfänger Fracht bezahlt und zwar die stipulirte, wenn sie an ihren Bestimmungsort gebracht werden, sonst Fracht pro rata itineris. Wegnahme der Güter durch Seeräuber oder Kaper gilt dem Verlorengehen gleich; werden sie losgekauft oder freigegeben, so ist dieses wie Bergung zu betrachten. — Auch diejenigen Güter, die der Schiffer zu ersetzen hat, können nicht als verloren betrachtet werden, weshalb davon die Fracht zu berechnen ist. — Schon oben ist bemerkt, daß der die Reise verhindernde Zufall beide Theile trifft, sobald durch dieselbe der Vertrag aufgelöst wird und daß eine zufällige Verzögerung der Reise dem Befrachter zwar das Recht giebt, gegen Zahlung der ganzen oder halben Fracht den Vertrag rückgängig zu machen, sonst aber, wenn er von diesem Rechte keinen Gebrauch machen will, seine Verpflichtung aus dem Vertrage nicht verringert. — Ereignet sich die zufällige Verhinderung auf der bereits begonnenen Reise, so hat der Schiffer keinen Anspruch auf Fracht, wenn der Zufall seine Person oder das Schiff betrifft; trifft der Zufall aber die Reise, so hat er Anspruch auf Fracht, weil diese eine Art Dienstlohn ist, der auch dann dem Promittenten geleistet werden muß, wenn sein Contrahent durch Zufall verhindert wird, die Leistung anzunehmen. — Die zufällige Verzögerung der begonnenen Reise ändert an den Verpflichtungen beider Theile nichts und kann der Schiffer, wenn die Fracht nach Zeit bedungen worden, selbst für die Zeit des Aufenthaltes Fracht beanspruchen, es sei denn,

daß er während jener Zeit Fracht eingenommen hat (z. B. wenn das Schiff zwangsweise für Staatszwecke benutzt worden (angariae) und für solche Benutzung Fracht vergütet worden ist), in welchem Falle er diese Einnahme in Rechnung zu bringen hat. — Wenn gleich Aufbringung und Condemnation einer Ladung dem Verluste derselben gleich zu achten ist, so verliert hierbei der Schiffer seine Fracht doch nur dann, wenn er gegen das Völkerrecht verstoßen hat, z. B. wenn er von einem Hafen des Feindes zu einem anderen Hafen desselben fährt oder Kriegscontrebande führt. Ist er hierbei von dem Befrachter hintergangen, so hat er selbstverständlich gegen diesen einen Entschädigungsanspruch. — Wird ein feindliches Schiff genommen und mit der Ladung condemnirt, so ist die Fracht für den Schiffer verloren; sie wird Beute des Feindes. Wird dagegen die feindliche Ladung eines neutralen Schiffes condemnirt, so hat der Caper dem Schiffer die volle Fracht zu bezahlen. — Wird die neutrale Ladung eines feindlichen Schiffes zurückgegeben, so ist dem Captor, der sie weiter schaffte, die Fracht dafür zu zahlen.

Ueber die Lehre von der Havarie ist der Artikel Havarie in diesem Werke zu vergleichen.

Eine Art der Schäden, welche Schiffe sowohl auf ihrer Fahrt als auch während ihres Verweilens im Hafen erleiden können, bilden die durch sogenannte Ansegelung oder Uebersegelung entstandenen. Wir sagen: durch sogenannte Ansegelung oder Uebersegelung, weil man unter diesen Ausdrücken nicht blos das Zusammenstoßen zweier Segelschiffe durch Segeln und das in den Grundfahren abseiten eines Segelschiffes, sondern überhaupt das resp. Aneinander- und Indengrundfahren zweier Schiffe versteht, so daß die Grundsätze von der Ansegelung namentlich auch bei dem Aneinandergerathen von Dampfschiffen unter einander und mit anderen Schiffen Platz greifen. Die Ansegelung, deren höchster Grad die Uebersegelung ist, kann factisch auf sehr verschiedene Weise vorkommen. In rechtlicher Hinsicht unterscheidet man die rein zufällige und die schuldbare Ansegelung; der ersteren gleichgestellt wird diejenige, bei welcher eine Schuld nicht zu ermitteln ist; als höchster Grad der letzteren ist die auch peinlich strafbare arglistige Ansegelung zu betrachten. Die rein zufällige Ansegelung ist diejenige, bei welcher weder dem Schiffer noch der Mannschaft, noch einem Dritten, d. h. bei den zusammenstoßenden Schiffen nicht Angestellten, ein Vorwurf trifft. Entsteht die Ansegelung durch die Schuld eines Dritten, z. B. des Hafenmeisters, so haftet dieser und eventualiter der Staat, der ihn angestellt hat, für allen Schaden. Ist aber der Dritte, welcher den Schaden schuldvoll verursachte, zahlungsunfähig, dann ist die Ansegelung für die beschädigten Schiffe untereinander, wiewohl unter Vorbehalt ihrer Ansprüche gegen den Beschädiger, als eine zufällige zu betrachten. Die schuldvolle Ansegelung ist diejenige, welche entweder durch Mangel an Vorsicht bei der Führung des Schiffes oder durch Mangel an Aufsicht bei demselben oder durch Verletzung der strom-

und hafenpolizeilichen wie der seegebräuchlichen Vorschriften herbeigeführt wird. — Nach römischem Rechte hat bei der zufälligen Ansegelung jeder denjenigen Schaden zu verschmerzen, den er erlitten hat und nach diesem Rechte findet bei der schuldvollen Ansegelung gegen den, der Schuld hat, die Aquilische Klage statt. Von diesen Grundsätzen sind aber die meisten Seerechte abgewichen und wird nach ihnen bei einer Ansegelung, die nicht arglistiger Weise oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet ist, der Schaden über beide Schiffe vertheilt. Bei der arglistigen oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldeten Ansegelung hat der schuldige Schiffer den Schaden zu ersetzen; sind beide Schiffer in gleichem Grade der groben Schuld oder Arglist, dann trägt jedes Schiff seinen erlittenen Schaden. — Hinsichtlich der Fälle, in welchen bei einer Ansegelung die Repartition stattfindet, weichen die Seerechte sehr von einander ab. Ebenso in der Art, wie die Schäden über die Schiffe zu repartiren sind. S. Pöhls a. a. O. Bd. III, S. 786—789. Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 10—12. Bei derjenigen Ansegelung, bei welcher nach dem Obigen eine Repartition stattfindet, wird das lucrum cessans nicht in Anrechnung gebracht; sonst aber ist auch dieses zu ersetzen. —

Vom Beitrage zur Tragung des Schadens sowie vom Ersatze des Schadens ist der Schiffer bei der als zufällig zu betrachtenden Ansegelung frei. Bei dieser haftet das Schiff, also die Rhederei, soweit dessen Werth reicht, und die Ladung nach ihrem Brutto-Werthe, nach Maßgabe der Repartition. Jedoch contribuirt nur die zur Zeit der Ansegelung noch im Schiffe befindliche Ladung, nicht die bereits gelöschte. — Bei der durch den Schiffer[31]) verschuldeten Ansegelung haftet dieser vor dem Schiffe persönlich (wofern nicht die Rhederei intellectuelle Urheberin einer böswilligen Ansegelung war oder sonst um dieselbe wußte); in subsidium haftet das Schiff, also die Rhederei bis zum Werthe des Schiffes; die Ladung contribuirt hier gar nicht. —

Der Beweis einer geschehenen Ansegelung kann auf die gewöhnliche Weise erbracht werden; meistens wird behufs seiner die Verklarung benutzt werden. Ueber die Beweiskraft derselben, besonders dann, wenn beide Schiffer einander in den Hauptpunkten widersprechende Verklarungen belegt haben vgl. Pöhls a. a. O. Bd. III, Th. 3, S. 794—797 und über die Vorschriften, nach welchen im Zweifel für Zufall oder für Schuld bei der Ansegelung zu entscheiden ist vgl. Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 15, 16.

Das Recht auf Entschädigung ist häufig davon abhängig gemacht,

---

31) Wenn die Ansegelung durch den Lootsen verschuldet ist, dann haftet zunächst dieser, und, wenn er ein angestellter Staatslootse ist, in subsidium der Staat, der ihn anstellte; ist er kein Staatslootse, dann ist diese Ansegelung für die Rhederei, wie die durch den Schiffer verschuldete zu betrachten, d. h. sie haftet in subsidium bis zum Werthe des Schiffes.

daß der Schade abseiten des beschädigten Schiffes innerhalb einer bestimmten Frist angemeldet worden.

Daß die Ladungsinteressenten, deren Ladung dadurch beschädigt worden, daß die Ansegelung durch die Schuld des Schiffers, der ihre Güter führt, veranlaßt wurde, an das Schiff bis zu dessen Werthe sich halten können, wenn der Schiffer sie zu entschädigen außer Stande ist, ja selbst an die Rhederei über den Werth des Schiffes hinaus, wenn diese einen notorisch fahrlässigen Schiffer anstellte oder sonst bei der Wahl des Schiffers etwas versah oder wenn sie gar um die dem Schiffer arglistiger Weise herbeigeführte Ansegelung wußte, daß bedarf einer weiteren Erörterung ebensowenig, als es bekannt ist, das die Rhederei, abgesehen von dem Falle ihrer Betheiligung bei dessen arglistiger Handlung, an den schuldigen Schiffer sich halten kann.

Ueber die Bodmerei vergleiche den Artikel unter diesem Namen.

Wenn ein Schiff in einen solchen Zustand geräth, daß es zur Fortsetzung der Reise unfähig ist und dieser Zustand durch Ausbesserung nicht gehoben werden kann, dann nennt man dies Schiffbruch, bei dem man den absoluten Schiffbruch und die Scheiterung unterscheiden kann. Ersterer ist derjenige, bei welchem das Schiff auf offenem Meere gänzlich zu Grunde geht und die Mannschaft entweder mit untergeht (Untergang mit Mann und Maus), oder auch zum Abandon (Verlassen des Schiffes) genöthigt ist. Letztere ist eine durch Reparatur nicht wieder herzustellende Beschädigung des Schiffes durch Stoßen (auf Untiefen oder Klippen) oder durch Stranden. Man nennt dieses auch einen präsumirten Schiffbruch und das Schiff ein Wrack, und hat bei solchem Zustande des Schiffes die Mannschaft das Recht, es zu verlassen. — Sonstige Beschädigungen des Schiffes, bei welchen es seine Fahrt fortsetzen kann, werden Seeunfall, Seeschaden, Havarie genannt. — Bei einem Schiffbruche sind Schiffer und Mannschaft verpflichtet, zunächst die Passagiere und dann soviel sie können, von dem Schiffe und der Ladung zu retten. Namentlich ist auf die Rettung der Schiffspapiere, wichtiger Staatsdepeschen und besonders werthvoller Ladungsgegenstände zu achten, wiewohl unter Berücksichtigung der Umstände. — Um von der Ladung oder den Trümmern des Schiffes soviel als möglich zu retten, hat der Schiffer die nach Umständen und Gelegenheit zweckdienlichen Maßregeln zu treffen. Diese Rettung selbst nennt man Bergung und die auf sie gerichtete Thätigkeit, Bergen, die Personen, welche diese Thätigkeit üben, Berger. Die Bergung soll, womöglich, unter Aufsicht des Schiffers oder seines Stellvertreters geschehen. — Daß der Schiffer über den Schiffbruch an die Rheder und Ladungsinteressenten, sobald er dazu im Stande ist, berichten muß und über denselben Verklarung aufmachen zu lassen hat, liegt in den Pflichten seiner Stellung. — Ein zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung veranlaßter Schiffbruch wird als Havarie-Grosse behandelt. —

Geschah der Schiffbruch durch die Schuld des Schiffers oder

seines Stellvertreters, so sind diese den Rhedern und Ladungsinteressenten verantwortlich und werden im Falle der Arglist selbst peinlich bestraft, wobei die Frage wegen der Strafbarkeit der übrigen Schiffsmannschaft oft nicht leicht zu beantworten ist. — Für die Versehen des Schiffers haftet die Rhederei den Ladungsinteressenten und Passagieren bis zum Werthe des Schiffes. — Aus ihren eigenen Versehen (z. B. Betheiligung bei der arglistigen Wegsetzung (Vernichtung) des Schiffes, mangelhafte Ausrüstung des Schiffes, Anstellung eines notorisch unfähigen oder unbrauchbaren Schiffers haftet die Rhederei den Betheiligten auch über den Werth des Schiffes hinaus.

Mit der Lehre vom Schiffbruche hängt die Lehre vom Strandrechte sehr genau zusammen.

Strandrecht im allgemeinen ist die Befugniß, von dem Strande Nutzen zu ziehen; im engeren Sinne bezeichnet man mit jenem Ausdrucke das Recht, der schiffbrüchigen Güter sich zu bemächtigen, um sie entweder dem öffentlichen Schatze (nicht gerade dem Staatsschatze, denn es kann auch der öffentliche Schatz einer Provinz auf schiffbrüchige Güter ein Recht haben) zuzueignen oder um sie dem Eigenthümer gegen ein Bergelohn zurückzugeben. Hiernach zerfällt das Strandrecht im engeren oder gewöhnlichen Sinne in 1) das Recht, der schiffbrüchigen Schiffe und ihres Inhaltes sich zu bemächtigen; 2) das Bergungsrecht; 3) das Recht auf die vom Meere an das Ufer geworfenen Sachen; 4) das Grundrecht, d. i. das Recht, von einem auf den Strand gerathenen Schiffe eine Abgabe zu fordern; 5) das Recht auf den Seefund oder die Seetriften; 6) das Recht auf herrenlose Sachen.

Das Strandrecht gebührt bald allein dem Fiscus, bald dem Herrn des Bodens, bald einer Commune, bald Privatpersonen. Hinsichtlich der Geschichte desselben ist zu merken, daß die Ansicht von der Rechtlosigkeit der Schiffbrüchigen und des schiffbrüchigen Gutes weder bei den Griechen, noch bei den Römern rechtlich gebilligt wurde, daß vielmehr das römische Recht nicht nur die Befugniß der Schiffbrüchigen, ihre Sachen zu retten, anerkannte, sondern auch dem Fiscus die Aneignung schiffbrüchiger Güter untersagte und den Raub an Schiffbrüchigen und ihrem Gute peinlich bestrafte. L. 1. §. 5. L. 3. §. 8. L. 7. L. 12. pr. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 3. §. 4. 5. ad leg. Corn. de sic. (48. 8.) L. 1. Cod. de naufr. (XI. 5.) — Bei den Völkern des Mittelalters erlangte erst mit der Herrschaft des Christenthums die Ansicht von dem Unrechte, aus der Noth des Schiffbruches Vortheil zu ziehen, allmälig Geltung. Cap. 3. X. de raptor. incend. et viol. eccles. (V. 17.) CC. art. 218.) Mit der Entwickelung des Völkerrechtes und der häufigeren Abschließung von Staatsverträgen verschwand die vermeintliche Berechtigung zur Aneignung schiffbrüchigen Gutes. —

Nach heutiger Rechtsansicht steht es den Schiffbrüchigen frei, ihre Güter selbst zu retten. So steht es auch in der Wahl des Schiffers, ob er sich fremder Hilfe bedienen will oder nicht; indessen bei der Wahl

derjenigen Personen, deren er sich zum Retten bedient, ist er meistens beschränkt durch das Recht der Uferbewohner, bei denen Schiffbrüche insofern eine Erwerbsquelle sind, als sie für die Rettung und Aufbewahrung der schiffbrüchigen Güter (Bergung) einen Lohn fordern dürfen. Dieses Recht der Uferbewohner geht indessen nicht so weit, daß Fremde von der Befugniß zur Bergung ausgeschlossen wären; nur haben diese keinen Anspruch auf Bergelohn. — Nicht selten ist das Bergungswesen obrigkeitlich geordnet; zur Beaufsichtigung desselben sind eigene Beamte (Strandvoigte u. s. w.) angestellt. Diese sind berechtigt, unbefugte Berger zu entfernen, damit sie in ihrer amtlichen Thätigkeit durch jene nicht gehindert werden. —

Das rechtliche Verhältniß zwischen denen, die in Seenoth befindliche Güter retten, und denjenigen, zu deren Gunsten solche Rettung geschieht, liegt der Lehre vom Bergelohn zum Grunde. Unter Seenoth sind alle Gefahren zur See (durch Naturereignisse, mangelhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges oder fehlerhafte Führung oder durch Gewaltthätigkeiten feindlicher Menschen herbeigeführt) zu verstehen. Die Handlung des Bergens besteht in der Entfernung der Güter aus der Gefahr des Unterganges und in deren sicherer Aufbewahrung. —

Wie bemerkt, ist zunächst der Schiffer mit seiner Mannschaft verpflichtet, Passagiere, Schiff und Ladung zu retten. Hierbei sind die Passagiere verpflichtet, nach Kräften Hilfe zu leisten. Insofern für Schiffer und Mannschaft augenscheinliche Lebensgefahr vorhanden ist beim Verweilen auf dem schadhaft gewordenen Schiffe, sind sie berechtigt, dasselbe zu verlassen. — Auf Bergelohn hat die Schiffsmannschaft so wenig Anspruch als die Passagiere; indessen pflegt für eine außerordentliche Anstrengung wohl eine außerordentliche Belohnung ertheilt zu werden. — Das Bergen ist im allgemeinen der freien Entschließung derjenigen, die sich damit befassen, überlassen; indessen ist an einigen Orten den privilegirten Bergern auch die Pflicht zur Bergung auferlegt, die den Bergungsbeamten da, wo die Bergung Gemeine-Sache ist, insofern obliegt, als sie für Herbeischaffung der erforderlichen Hilfe zu sorgen haben. — Das Recht zu bergen ist durch das Recht der Schiffbrüchigen, selbst zu retten und durch das dem Schiffer oder seinem Stellvertreter zustehende Dispositionsrecht über die geborgenen Güter beschränkt. Die Berger haben für die von ihnen geleistete Thätigkeit einen Anspruch auf Entschädigung und diese heißt Bergelohn. Der Bergelohn ist wegen der außergewöhnlichen Anstrengungen und Gefahren, denen der Berger sich auszusetzen hat, einem gewöhnlichen Tagelohne oder Arbeitslohne nicht gleichzustellen. Der Werth der geborgenen Sachen kann auch keinen Maßstab für die Größe des Bergelohnes abgeben. Es ist auf die Größe des Wagnisses und der Leistung zu sehen. — Ist ein Bergelohn bedungen worden, dann hat es im allgemeinen dabei sein Bewenden und nur eine ersichtlich übermäßige Forderung darf durch den Richter auf das gehörige Maß herabgesetzt werden. Bei

der Rettung von Menschenleben richtet sich die Belohnung nach dem Vermögen des Geretteten. Man muß die Forderung einer solchen Belohnung aus demselben rechtspolitischen Grunde, der überhaupt den Bergelohn klagbar macht, für klagbar erklären. Die Aussicht auf eine sichere Belohnung wird nämlich die Rettung von Menschen deshalb leichter möglich machen, weil bekanntlich da, wo ein Gewinn in Aussicht steht, um des Gewinnes willen etwas gewagt wird und dieses Wagen sich zu einem Gewerbe gestaltet, wenn die Gelegenheit zum Gewinne sich wiederholt darbietet. — Besteht die Hilfe der Berger darin, daß sie dem Schiffe ein fehlendes Geräth verschaffen, so erhalten sie außer der Belohnung für ihre Mühe den Preis des Gelieferten bezahlt, welcher letztere sich entweder darnach richtet, was es gekostet oder nach einer Schätzung. Der Berger kann neben seinem Lohne nicht noch eine Vergütung für einen Schaden beanspruchen, der sich an seinem eigenen Fahrzeuge oder Geräthe ereignet, es sei denn, daß dieser in Havarie-Grosse gehöre. — Auch für im Meere gefundene Sachen pflegt Bergelohn bezahlt zu werden.

Die Berger sind verpflichtet, nach bester Einsicht und redlich zu helfen, so daß ihre Thätigkeit sich mehr auf die Rettung der in Gefahr schwebenden Personen und des schiffbrüchigen Gutes, als auf die Sicherung ihres Vortheiles zu richten hat; sie haben alles eigenmächtigen Verfahrens sich zu enthalten und die Anordnungen des Schiffers oder seines Stellvertreters zu befolgen, jedoch dem Schiffer von zweckwidrigen Maßregeln abzurathen und ihn durch Gründe zu überzeugen, daß ein anderes Verfahren von ihm einzuschlagen sei. — Da, wo das Bergungswesen obrigkeitlich organisirt ist, da geht die Thätigkeit der Berger den gewiesenen Gang. — Das Geborgene ist von den Bergern sorgfältig aufzubewahren und treulich abzuliefern, indessen sind sie berechtigt, bis zur Höhe ihres Bergelohns die geborgenen Güter zu retiniren, sofern ihnen dieselben nicht von der Obrigkeit abgefordert werden. Werden die Güter obrigkeitlich aufbewahrt, dann übt die Obrigkeit das Retentionsrecht in Bezug auf den Bergelohn Namens der Berger aus; indessen wird sie denjenigen, welche zur Empfangnahme der Güter legitimirt sind, die geborgenen Güter gegen Zahlung des Bergelohnes oder genügende Sicherheitsbestellung nicht vorenthalten dürfen. — Leicht verderbliche und in der Weise beschädigte Sachen, daß deren Aufbewahrung unthunlich ist, können unter obrigkeitlicher Auctorität öffentlich versteigert werden.

Mit dem Strandrechte in dem oben angegebenen Sinne ist nicht zu verwechseln das Recht des Fiscus auf herrenlose Güter. Nach diesem Rechte erfolgt wegen der geborgenen Güter eine öffentliche Aufforderung zur Meldung für die unbekannten Eigenthümer oder Interessenten. Nach Ablauf der im Proclame anberaumten Frist, für welche die hier als gemeinrechtlich zu betrachtende Verjährungszeit von Jahr und Tag anzuberaumen sein dürfte, wird dasjenige Gut, welches

Niemand beansprucht hat, dem Fiscus zugesprochen; die inzwischen erhobenen Ansprüche sind zu justificiren.

Die Interessenten des schiffbrüchigen Schiffes und seiner Ladung, zu denen auch die Assecuradeure zu zählen sind, beauftragen in der Regel mit der Wahrnehmung ihrer Gerechtsame von ihnen erwählte Deputirte.

Auch in Kriegsnoth kann eine Bergung stattfinden; die Kriegsnoth kann sich auf sehr verschiedene Weise zeigen und darnach ist auch die Bergung sehr verschiedener Art. Eine besondere Erwähnung verdient die Wiedernehmung und die Rancionirung. Wiedernehmung ist die Befreiung eines Schiffes aus der Gewalt des Feindes oder eines Seeräubers durch Anwendung von entgegengesetzter Gewalt oder von Drohung mit derselben. — Die Bedingung für Anspruch auf Bergelohn bei der Wiedernehmung ist die Rettung aus einer wirklichen Gefahr. Diese geschieht auch dann, wenn ein Captor aus Furcht vor einem herannahenden Fahrzeuge sich davon macht und die Prise fahren läßt, wie ein Schiff ohne Besatzung, welches der Captor aufgegeben, Bergelohn an denjenigen bezahlt, der sich seiner annimmt. — Ein Convoyschiff hat insofern Anspruch auf Bergelohn, als seine Hilfe nicht blos eine Vertheidigung des unter seinem Schutze fahrenden Schiffes ist. — Die Wiedernahme eines neutralen Schiffes begründet insofern Anspruch auf Bergelohn, als das neutrale Schiff in Gefahr war, als Prise condemnirt zu werden.

Der Bergelohn im Falle der Wiedernehmung besteht in einer angemessenen Belohnung.

Wo mehrere Captoren bei der Wiedernehmung sich betheiligt haben, da ist nach dem Maße ihrer Thätigkeit der Bergelohn ihnen zuzusprechen.

Die Rancionirung besteht in der Abfindung mit dem Feinde oder Seeräuber. — Geschieht diese vom Schiffer oder Rheder, so ist sie als Havarie-Grosse zu berechnen. — Geschieht die Abfindung von einem Dritten, so hat dieser nicht nur Anspruch auf Erstattung des Aufgewendeten, sondern außerdem noch auf Bergelohn, der z. B. auch in einem erhöheten Zinse für das dargeliehene Kapital bestehen kann. Auch diese von einem Dritten beschaffte Rancionirung ist unter denjenigen, welche bei Schiff und Ladung interessirt sind, als Havarie-Grosse zu verrechnen. —

Außer den genannten giebt es noch andere Fälle der Bergung aus Kriegsnoth sowie Fälle, welche der Bergung aus Kriegsnoth analog behandelt werden, z. B. Ueberwältigung eines meuterischen Schiffsvolkes. Die Ueberwältigung von Sclaven, die wie Waaren transportirt werden und die unterwegs sich empören, kann nur in Barbarenstaaten der Bergung aus Kriegsnoth analog behandelt werden; in christlichen Staaten wird sie als eine Betheiligung am Sclavenhandel peinlich zu bestrafen

sein. — Für alle diese Fälle sind die leitenden Principien im Vorstehenden angedeutet. —

Der Bergelohn in allen diesen Fällen genießt aller Vortheile des Bergelohnes bei Rettung aus Seenoth und ist ganz nach Analogie desselben zu behandeln. —

Es sind nun noch die Rechte der neutralen Schiffe während eines Seekrieges in's Auge zu fassen.

Hier ist zunächst der Unterschied zwischen dem offenen und dem geschlossenen Meere wichtig; unter letzterem versteht man dasjenige, auf welchem die Schifffahrt vom Lande aus durch einen Staat beherrscht werden kann; unter ersterem dasjenige, bei welchem dies nicht möglich ist. Die Möglichkeit der Beherrschung wird nach der Möglichkeit des Treffens mit Kanonenkugeln angenommen. — In den Gewässern, welche beherrscht werden, wird von dem Herrscher der Schiffsgruß verlangt, der resp. durch Kanonenlösen, Flaggenaufziehen und Segelstreichen gegeben wird. — Ferner ist der Ausdruck Revier zu merken, unter welchem der für Seeschiffe fahrbare Fluß außerhalb des Hafens und der Rhede verstanden wird. —

Eine menschliche Herrschaft über das offene Meer giebt es von Rechtswegen nicht; dasselbe ist allen seefahrenden Völkern gleich zugänglich. Wohl aber kann ein Volk zeitweilig durch die überwiegend große Zahl seiner Kriegsfahrzeuge factisch eine Herrschaft ausüben durch den Zwang, welchem es andere Völker unterwirft. Die Vermeidung dieses Zwanges kann zu Verträgen führen, welche dann Quellen für das Völkerrecht werden. Wenn zwei oder mehrere Völker mit einander in einen Krieg gerathen, bei welchem es sich um Rechte auf der See handelt, dann sind die ihrem Kampfe folgenden Friedensverträge gleichfalls Quellen für das Völkerrecht. Solche Verträge sind indessen nur ius inter contrahentes. Eine allgemeinere Bedeutung erlangen sie dann, wenn die Grundsätze, von denen man bei ihnen ausgegangen ist, auch von anderen Völkern als bindend anerkannt werden, so daß anzunehmen ist, jene Grundsätze seien aus dem Rechtsbewußtsein der Völker heraus an's Licht getreten. Jenes Rechtsbewußtsein kann sich aber auch sonst noch kundgeben, z. B. in gemeinschaftlichen Bestimmungen derjenigen Staaten, welche Seemächte sind, d. h. die eine zur Kriegführung hinlängliche Anzahl Kriegsfahrzeuge halten (wie z. B. gegen den Sclavenhandel), in den Grundsätzen, welche im Falle eines Krieges beide kriegführende Theile gegen einander und gegen Neutrale befolgen, sowie überhaupt auf die Weise, auf welche das ungeschriebene Recht erkennbar wird. Auf die angegebene Weise sind positive Satzungen des Völkerrechtes entstanden, von denen diejenigen, welche die neutralen Schiffe während eines Seekrieges betreffen, genauer betrachtet werden sollen[32]).

32) Das Recht jedes Staates, den Handel Fremder an seinen Küsten und

Bevor dieses aber geschehen kann, sind noch einige Erklärungen voraufzuschicken.

Die Flagge, welche ein Schiff mit Recht führt, ist das Kennzeichen seiner Nationalität, weil die Berechtigung zur Führung der Flagge eben von dem Vorhandensein derjenigen Erfordernisse abhängt, welche zum Beweise der Nationalität gehören. Die Ansicht, nach welcher Seeschiffe als schwimmende Gebietstheile des Staates, dem sie angehören, zu betrachten sind, darf als die gemeinrechtliche und als die richtige bezeichnet werden. Vgl. Götting. gel. Anz. Jahrg. 1852 St. 40, S. 395 und Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 347. Der Staat, dem ein Schiff angehört, hat das Recht, dasselbe für seine Zwecke in Anspruch zu nehmen, gegen Entschädigung der Rhederei, das Recht der Gerichtsbarkeit über das Verhalten der Schiffsgenossen auf seinen Eigengewässern und auf den freien Gewässern, in eben dieser Beschränkung das Recht der Gesetzgebung für sie[33]); das Recht der Vorschrift der zu führenden Flagge sowie des Schutzes dieser Flagge; das Recht, für die Beförderung und Erleichterung seiner Schifffahrt zu sorgen, namentlich durch Ernennung von Consuln in fremden Häfen. — In Bezug auf fremde Schiffe und deren Angehörige hat der Staat folgende Befugnisse: 1) er darf die in seine Gewässer einlaufenden fremden Schiffe verschieden behandeln und ihnen manche der Vortheile versagen, deren seine eigenen oder die Schiffe von ihm begünstigter Nationen genießen; ohne sich dem Vorwurfe von Feindseligkeit auszusetzen, darf er fremden Fracht- und Passagierschiffen zum Behufe eines erlaubten Verkehres aber nicht das Einlaufen in seine Gewässer und Häfen und die Benutzung der für die Sicherheit oder Erleichterung der Schifffahrt getroffenen Anstalten (z. B. Lootsenwesen) verbieten, es wäre denn, daß ansteckende Krankheiten an Bord herrschten oder daß solche Schiffe aus Gegenden kämen, in welchen pestartige Krankheiten ausgebrochen wären. Existirt dann ein Quarantainehafen des Staates, den sie anlaufen, so sind sie an diesen, sonst an den nächsten Quarantainehafen zu verweisen. Im Quarantainehafen ist solchen Schiffen die nöthige Sorgfalt zuzuwenden, sie sind nicht unnöthiger Weise zu belästigen und nicht länger als nöthig aufzuhalten; dagegen haben sie sich der Quarantaineordnung zu fügen, die für einzelne Fälle ganz besondere Vorsichtsmaßregeln vorzuschreiben pflegt. — Das Einlaufen von fremden Kriegsschiffen in seine Gewässer hat der Staat in Friedenszeiten, wiewohl unter An-

---

mit seinen Kolonieen, sowie die Fischerei in den von ihm beherrschten Gewässern zu beschränken, gehört nicht hierher.

33) Unter Schiffsgenossen werden hier auch die Passagiere verstanden und sind auch von denjenigen europäischen Staaten, von deren Häfen Auswandererschiffe abgehen, für diese Verordnungen erlassen worden; der Passagier ist nämlich unter der Flagge, unter welcher er fährt, ganz so zu betrachten, wie der Fremde in einem anderen als seinem einheimischen Staate; er ist für die Dauer seines Aufenthaltes daselbst dessen Gesetzen unterworfen.

wendung gehöriger Vorsicht, zu dulden, besonders in Fällen der Seenoth. — Im Kriege wird selbstverständlich der eine kriegführende Theil die Kriegsschiffe seines Feindes abwehren, und dessen Fracht- und Passagierschiffe werden ohnehin die Gewässer und Häfen ihres Gegners meiden. — In Fällen der Seenoth ist den Fracht- und Passagierschiffen des Feindes Hilfe zu leisten; den feindlichen Kriegsschiffen, wenn sie zuvor sich ergeben haben, vorausgesetzt, daß nicht gerade Waffenstillstand ist, in welchem Falle man unter Beobachtung gehöriger Vorsicht Hilfe zu leisten hat. — Die Verfolgung eines fremden Schiffes in die offene See wegen eines abseiten der Schiffsangehörigen begangenen Verbrechens oder eines schweren Polizeivergehens gegen das Recht des verfolgenden Staates ist erlaubt. — Umgekehrt darf der Staat, wenn abseiten eines Fremden gegen ihn auf offener See oder im Auslande ein Verbrechen begangen, z. B. durch Anstiftung von Aufruhr, oder wenn die Rechte eines seiner Unterthanen von dem Fremden im Auslande oder auf offener See verletzt worden sind, der Person dieses Fremden sich versichern.

Von den Consuln soll hier etwas Näheres bemerkt werden. Ueber die Geschichte des Consulats vgl. die Literatur bei Pöhls a. a. O. Th. IV, S. 1006, N. 1; Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 353, N. 29.

Ein Consul im heutigen Sinne des Wortes ist der von einer Regierung in einem anderen Staate angestellte Beamte, welcher den Auftrag hat, daselbst die Handels- und Schifffahrtsinteressen der Unterthanen seiner Regierung wahrzunehmen. Der Consul kann entweder direct von der Regierung oder von deren Gesandten ernannt sein. Der Staat, bei welchem ein Consul angestellt wird, hat zu der Anstellung desselben seine Genehmigung (das Exequatur) zu ertheilen; bevor diese ertheilt wird, darf der Consul seine Functionen nicht beginnen; die Verweigerung des Exequatur ist an sich kein Act der Feindseligkeit. Die Consuln haben als solche nicht den Charakter diplomatischer Personen, mithin auch nicht deren Rechte und Pflichten; sie sind häufig Bürger des Staates, bei welchem sie angestellt werden und insofern durch ihre Consulareigenschaft die Pflichten, welche sie gegen den Staat haben, dem sie als Bürger angehören, beeinträchtigt werden, darf in der Verweigerung des Exequatur keine Feindseligkeit gegen den sie anstellenden Staat erblickt werden.

Man unterscheidet Generalconsuln, welche für mehrere Handelsplätze, Consuln, welche für einen Handelsplatz, Viceconsuln, welche als Vertreter des Generalconsuls oder Consuls angestellt sind, besonders an denjenigen Orten, wo letztere nicht residiren. Mitunter haben Consuln auch nur den Namen von Agenten. — Die Consuln stehen unter dem besonderen Schutze des Völkerrechtes. In Beziehung auf ihr Amt stehen sie unter der unmittelbaren Gerichtsbarkeit des Staates, der sie anstellte, dem sie also insoweit unterworfen sind. Die Geschäfte der

Consuln sind hauptsächlich folgende: Die Beobachtung und Beförderung des Verkehres der Unterthanen ihrer Regierung an dem Platze, für welchen sie angestellt sind, die Fürsorge für die Erfüllung der bestehenden Handels- und Schifffahrtsverträge sowohl von Seiten des Staates, bei welchem der Consul angestellt ist, als auch von Seiten der Unterthanen der Regierung, welche ihn angestellt hat, die Beglaubigung der Schiffspapiere, Beistand für die Schiffe unter der Flagge ihrer Regierung sowie für die Mannschaften und Passagiere derselben, schiedsrichterliche Entscheidung in Streitigkeiten der Unterthanen ihrer Regierung, Controlirung der nationalen Schiffer, Ertheilung von Certificaten an dieselben, Belehrung derselben sowie anderer ankommender Nationaler über die auf Handel und Schifffahrt sich beziehenden Rechte des Gebietes, des Platzes, für welchen sie bestellt sind, bei Seeunfällen für Hilfe und zweckdienliche Maßregeln zur Rettung von Mannschaft, Schiff und Ladung zu sorgen, Verklarungen abzunehmen, wenn hierzu kein Beamter angestellt ist, für die den Nationalen zu gewährende Rechtshilfe zu sorgen, Verwaltung des Nachlasses von Nationalen, sofern diese an dem Platze des Consuls sterben oder sofern ihr Nachlaß dorthin gebracht wird, eine Consularregistratur zu führen, in Kriegszeiten seine Regierung von allem, was für Handel und Schifffahrt ihrer Unterthanen wichtig ist, zu benachrichtigen und seinen Nationalen die erforderlichen Dienste zu leisten. — Für seine Bemühungen wird der Consul entweder durch Consulatsgebühren oder durch eine Besoldung entschädigt.

Die Consuln in der Türkei, Persien und den Raubstaaten sind nicht bloße Bevollmächtigte für Handel und Schifffahrt, sondern zugleich diplomatische Vertreter ihrer Regierungen.

Der Seekrieg hat das Besondere vor dem Landkriege, daß bei ihm die Gewalt der Kriegführenden nicht blos gegen die bewaffnete Seemacht oder gegen bewaffnete an der See liegende Plätze oder gegen eine bewaffnete Landmacht, sondern auch gegen das Privateigenthum der Unterthanen der feindlichen Macht, gegen den Privatverkehr im Feindeslande und mit dem Feindeslande gerichtet wird; ferner, daß die bei ihm angewendete Gewalt nicht allein von der öffentlichen Seemacht, sondern auch von bewaffneten Privatfahrzeugen, wiewohl unter Auctorität der kriegführenden Mächte, ausgeht. Hieraus erklärt sich das Blockiren feindlicher Gewässer und die Kaperei. Von dem ersteren wird weiter unten die Rede sein. — Kaperei ist eine Seekriegsunternehmung abseiten einheimischer oder fremder Privatpersonen mit Genehmigung einer kriegführenden Hauptmacht, bei welcher von diesen auf ihre Kosten bewaffnete Fahrzeuge in der Absicht ausgerüstet werden, um durch Wegnahme feindlicher Schiffe und feindlicher Ladungen dem Handel des Feindes zu schaden und, um den unerlaubten Verkehr Neutraler mit dem Feinde zu verhindern, durch Wegnahme neutraler Schiffe mit ihrer Ladung oder deren Ladung allein, je nachdem entweder letztere feindliches Eigenthum ist oder erstere Kriegscontrebande führen.

Zu den Unternehmern der Kaperei steht der Befehlshaber ihrer Schiffe in einem ähnlichen Verhältnisse, wie bei Frachtfahrern der Schiffer zu dem Befrachter und Ausrüster des ganzen Schiffes, oder sofern die Kaperfahrzeuge ihre eigenen sind, wie der Schiffer zu der Rhederei. Die Urkunde, welche die Erlaubniß zur Kaperei enthält, heißt der Kaperbrief oder Markbrief. Die Lösung von Kaperbriefen beider miteinander kriegführender Mächte gilt als Seeräuberei. — Der Kaper hat die Prise selbst oder durch Andere in einen Hafen seines Souverains aufzubringen; unter Umständen darf die Prise auch in neutrale Gewässer gebracht werden, was die neutrale Macht gestatten darf, aber nicht gestatten muß. — Im Aufbringungshafen (oder falls dieser neutrales Gebiet ist und die dortigen Gerichte zu sprechen sich weigern, sowie wenn die Adjudicirung durch den Consul nicht gestattet ist, an dem nächsten Platze, wo ein Prisengericht seines Souverains vorhanden ist) muß der Kaper seine Prise gerichtlich sich zusprechen lassen. Die Besatzung feindlicher Kriegsschiffe hat er seiner Obrigkeit auszuliefern; ebenso feindliche Waffen und Munition, jedoch gegen Bezahlung. — Wenn die Gefangenen ausgewechselt und nicht ausgelöst werden, so darf der Kaper kein Lösegeld beanspruchen. — Der Kaper erwirbt die Prise erst durch gerichtlichen Spruch; daher hat er bis zu diesem die Prise, nach demselben das ihm nicht zugesprochene Gut mit der gehörigen Aufmerksamkeit zu behandeln und über den Act der Nehmung oder Wegnahme durch den Schiffsschreiber ein Protocoll anfertigen zu lassen. Auch darf er die Prise nicht gegen eine Loskaufungssumme freilassen, es wäre denn, daß eine unbestreitbare Gefahr des Verlustes der Prise durch Waffengewalt in der Nähe vorhanden wäre. Durch die gerichtliche Zusprechung erwirbt der Kaper das ihm Zugesprochene so, als ob er es im Momente der Nehmung erworben. — Das Recht der Kaperei hört mit der Beendigung des Krieges auf, sowie mit der Zurücknahme des Kaperbriefes. — Durch Uebertretung der ihm ertheilten Vorschriften verliert der Kaper seine Befugniß durch gerichtlichen Spruch alsdann, wenn sein Vergehen mit diesem Nachtheile bedroht oder wenn der Kaperbrief ihm nur unter der Bedingung, daß er den ihm gegebenen Verhaltungsbefehlen nachkommen werde, ertheilt worden. — Daß der Kaper überdies den sonstigen rechtlichen Bestimmungen unterworfen ist, bedarf einer weiteren Erörterung nicht.

Wenn ein zur Fracht oder Passagierfahrt ausgerüstetes Schiff von einem feindlichen Fahrzeuge angegriffen wird, so darf es sich vertheidigen, wenn nicht seine Niederlage als wahrscheinlich vorauszusehen ist. Geschieht es bei dieser Gelegenheit, daß das feindliche Schiff überwältigt und genommen wird, so hat das Fracht= oder Passagierschiff die gemachte Beute dem Staate auszuliefern, von dem indessen jenem Schiffe nicht allein aller beim Kampfe erlittene Schaden zu vergüten, sondern außerdem noch eine besondere Belohnung wegen bewiesener Tapferkeit zu reichen. — Sind Kauffahrer und Passagierschiffe mit Kaperbriefen

versehen, dann haben sie die Rechte der Kaper. — Sind bei der Ueberwältigung eines feindlichen bewaffneten Fahrzeuges auch Landtruppen thätig, dann haben diese Theil an der Beute. — Die Frage, welche Rechte der Wiedernehmer an der einem feindlichen Schiffe abgenommenen oder abgejagten Prise habe, ist nach den Umständen verschieden zu beantworten. Eine blos abgejagte Prise, sie mag bereits condemnirt worden sein oder nicht, geht nach allgemeinen Grundsätzen nicht in das Eigenthum des Wiedernehmers über, weil durch die Entfernung des Feindes die Occupation aufgehört hat und für den ursprünglichen Eigenthümer durch seine Schiffsmannschaft auf's neue die Besitznahme erfolgt ist und weil der Wiedernehmer befreundetes Eigenthum sich nicht zueignen darf. Der Wiedernehmer hat hier für die geleistete Hilfe höchstens einen Anspruch auf Belohnung. Wird dagegen dem Nehmer die Prise wirklich abgenommen durch den Wiedernehmer, dann ist zwischen der condemnirten und der nicht condemnirten Prise zu unterscheiden; erstere erwirbt der Wiedernehmer; letztere wird dem ursprünglichen Eigenthümer gegen Zahlung eines Bergelohnes zurückgegeben. Bei mehreren Wiedernehmungen richtet sich das Recht des zweiten Wiedernehmers nach demjenigen des ersten. — Befreit die eigene Mannschaft des genommenen Schiffes dasselbe aus Feindesgewalt, dann hat sie nur Anspruch auf Bergelohn. — Seeräubern abgenommene Prisen werden, wenn sie nicht feindlicher Nationalität sind oder Contrebande führen, ihrem Eigenthümer zurückgegeben. — Besondere Vorschriften und vertragsmäßige Satzungen machen von den soeben angegebenen allgemeinen Grundsätzen manche Ausnahmen. Vgl. Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 365—377; Pöhls a. a. O. Th. IV, S. 1040—1059, dessen Entwickelungen aus dem sogenannten natürlichen Rechte jedoch ohne practischen Werth sind.

Für das Recht der neutralen Schifffahrt im Seekriege, zu dem wir uns jetzt wenden, ist außer der Literatur, welche in den bekannten Handbüchern des Völkerrechtes, bei Kaltenborn a. a. O. Bd. II, S. 378, bei Pöhls a. a. O. Th. IV, S. 1067—1072 sich angegeben findet, zu bemerken: Sammlung officieller Actenstücke in Bezug auf Schifffahrt und Handel in Kriegszeiten, bis jetzt 8 Hefte 4. seit 1854 (veranstaltet durch das Commercium zu Hamburg).

Unter Neutralität eines Staates versteht man im allgemeinen die Nichtbetheiligung desselben an einem zwischen anderen Staaten ausgebrochenen Kriege. Hierbei aber ist daran zu erinnern, daß der neutrale Staat keineswegs verbunden ist, mit beiden kriegführenden Theilen in gleich freundschaftlichem Verhältnisse zu stehen, sondern daß er im allgemeinen seine bisherigen Beziehungen zu beiden streitenden Theilen beibehalten darf, sofern diese nicht entweder durch die Kriegführung unmöglich gemacht werden oder sofern in denselben nicht eine Feindseligkeit gegen einen der beiden Streitenden liegt. Jedenfalls darf der Neutrale während des Krieges einem der streitenden Theile zum Nach-

theile des anderen keine Vortheile einräumen, die ihm vor Ausbruch des Krieges nicht zustanden. Weil indessen über die Grenze der Neutralität sehr leicht Streit entstehen kann, so werden von Seiten der kriegführenden Theile über dieselbe in der Regel mit den Neutralen besondere Vereinbarungen getroffen. Trifft ein neutraler Staat kriegerische Maßregeln, um den von ihm aufgestellten Grundsätzen der Neutralität erforderlichen Falles den kriegführenden Theilen gegenüber durch die Gewalt der Waffen Nachdruck zu geben, oder vereinigen sich zu solchem Zwecke mehrere neutrale Staaten, dann nennt man dies eine bewaffnete Neutralität. Die ausführliche Lehre von der Neutralität gehört in das Völkerrecht; hier sollen nur diejenigen Theile derselben hervorgehoben werden, die für die neutrale Schifffahrt von Bedeutung sind.

Als Rechte der Neutralen sind hier zu merken: Achtung vor ihren Hoheitsrechten, Anerkennung ihrer Beglaubigungen von Seiten der Kriegführenden, Freiheit ihres Verkehres, Unverletzlichkeit ihres Gebietes und ihres Eigenthums; Bewaffnung zur Durchführung der Neutralität. Beschränkt sind diese Rechte hauptsächlich durch das Verbot der Zufuhr von Kriegscontrebande und durch das Verbot der Zufuhr nach blockirten Häfen. — Mit dem Verbote der Zufuhr von Kriegscontrebande steht in Verbindung das Durchsuchungsrecht der Kriegführenden bei neutralen Schiffen. Die Durchsuchung ihrer Schiffe haben die Neutralen sich gefallen zu lassen, sofern sie von wirklichen Kriegsfahrzeugen und entweder auf offener See oder in den Gewässern der Kriegführenden geschieht. Dagegen sind sie berechtigt, derselben sich in ihren eigenen Gewässern zu widersetzen.

Führt ein neutrales Schiff Kriegscontrebande, so darf ihm diese von den Kriegführenden abgenommen werden, ohne daß der neutralen Macht dagegen ein Widerspruch zusteht. — Läßt eine neutrale Macht ihre Handelsschiffe durch ihre eigenen Kriegsfahrzeuge begleiten, dann hat von Rechtswegen der Befehlshaber des Geschwaders oder des Schiffes, welches die Durchsuchung vornehmen soll, mit der Erklärung des Befehlshabers des begleitenden Kriegsfahrzeuges (der Convoy) sich zu begnügen. — Hinsichtlich des Begriffes der Kriegscontrebande haben die Gesandten und Consuln der kriegführenden Mächte die verlangten Erklärungen zu ertheilen. — Eine andere Frage ist es, ob neutrale Schiffe feindliche Ladung führen dürfen und ob die neutrale Ladung unter feindlicher Flagge zu einer feindlichen werde. Man drückt diese Frage auch so aus: Nimmt die Ladung den Charakter des Schiffes an oder nicht? Man darf jetzt wohl die erstere Frage bejahend beantworten, nachdem Großbritannien, welches bisher dieselbe verneint hatte, neuerlich für die Bejahung derselben in Uebereinstimmung mit Frankreich und Rußland sich entschieden hat. Vgl. Britische Declaration vom 28. März 1854, die neutrale Schifffahrt betreffend (Supplement to the London Gazette, 28. March 1854); Französische Declaration vom 29. März 1854, die neutrale Schifffahrt betreffend (Moniteur universel,

30. März 1854); Russische Bekanntmachung vom 3. (15.) März 1854, betreffend die Behandlung der englischen und französischen Unterthanen, ihrer Kauffahrteischiffe und ihres Eigenthums nach eingetretenem Kriegszustande (Petersburger Handelszeitung, den 19. April 1854). Nach eben diesen Publicationen wird neutrales Eigenthum, abgesehen von Contrebande, unter feindlicher Flagge nicht confiscirt. — Zum Beweise der Neutralität sind daher die Schiffspapiere und ihre Vollständigkeit von der höchsten Wichtigkeit. — Daraus, daß von den Kriegführenden, abgesehen von den oben angegebenen Beschränkungen, der freie Verkehr der Neutralen zu achten ist, folgt, daß ihr Handel und ihre Schifffahrt ungestört bleibt. In den Gewässern der Neutralen sind daher nicht nur ihre eigenen Schiffe sowie diejenigen anderer neutraler Nationen von jeder Belästigung durch die Kriegführenden frei, sondern auch die Schiffe der Kriegführenden selbst[34]). Ferner darf der Handel und die Schifffahrt der Neutralen nach den Häfen ihres eigenen Landes oder nach ihren Colonieen durch die Kriegführenden nicht beeinträchtigt werden. Auch nach den Colonieen der Kriegführenden ist der Verkehr für die Neutralen offen, sofern er ihnen sonst nicht durch das Mutterland selbst beschränkt oder gar untersagt war. Nach feindlichen Häfen, Festungen, Flußmündungen, Küsten und selbst größeren Gebietstheilen ist jedoch der Verkehr auch für die Neutralen dann verboten, wenn der Zugang zu denselben und das Auslaufen aus den feindlichen Gewässern durch Kriegsfahrzeuge des anderen kriegführenden Theiles verwehrt wird; dies heißt Blockade; mitunter wird die Blockade auch auf die Colonieen der kriegführenden Theile ausgedehnt, wiewohl mit Unrecht, es sei denn daß die Colonieen den Neutralen erst mit dem Eintritte des Krieges zugänglich gemacht worden. Eine Blockade, welche den Verkehr der Neutralen mit dem anderen kriegführenden Theile entweder gänzlich hemmt oder doch so sehr erschwert, daß sie einer Hemmung desselben gleichkommt, ist von Rechtswegen unstatthaft und darf von der neutralen Macht mit Gewalt auf das gehörige Maß beschränkt werden. Welche Gebietstheile blockirt werden sollen, ist von den Kriegführenden vor dem Eintritte der Blockade gehörig bekannt zu machen und ist diese von dem bezeichneten Tage an durch eine entsprechende Anzahl bewaffneter Fahrzeuge in Ausführung zu bringen. Eine fingirte Blockade giebt es nicht. — Die Frage, eine wie große Anzahl von Schiffen zur Ausübung der Blockade erforderlich sei und wie nahe sich dieselben den blockirten Plätzen oder Gewässern zu halten haben, ist je nach der Oertlichkeit verschieden zu beantworten; stets aber muß eine hinreichende Anzahl vorhanden sein, um das Einlaufen in die feindlichen Gewässer mit Wahrscheinlichkeit des Erfolges verwehren zu können. Ein zeit-

---

34) Feindliche Schiffe nach neutralen Plätzen aufzubringen, ist zwar gestattet, allein, wenn die Mannschaft dieser Schiffe sich und ihre Schiffe der Gewalt ihres Gegners entzieht, so darf die neutrale Macht weder ihr Entkommen begünstigen noch hindern.

weiliges Verlassen der Station von kurzer Dauer, z. B. wegen Unwetters, unterbricht die Blockade von Rechtswegen nicht. — Eine einmal aufgehobene Blockade wird nicht ohne weiteres erneuert, sondern ihre Erneuerung ist an dieselben rechtlichen und factischen Voraussetzungen geknüpft, die beim Eintreten der Blockade vorhanden sein müssen. Ohne diese Voraussetzungen streitet für die Erneuerung einer einmal aufgehobenen Blockade die Vermuthung nicht. — Der Versuch[35]) eines neutralen Schiffes, die Blockade zu durchbrechen oder die wirkliche Durchbrechung derselben abseiten eines Schiffes ist ein Blockadebruch und berechtigt das Blockadegeschwader zur Aufbringung, falls nicht erhellt, daß jener Versuch aus Unkunde von der eingetretenen Blockade und die Durchbrechung infolge höherer Gewalt stattgehabt. Das der Blockade unkundige Schiff ist zurückzuweisen. Das Auslaufen aus blockirten Häfen wird in der Regel bis zu einem bestimmten Termine gestattet. Das Auslaufen neutraler Schiffe ohne Ladung ist von dem Blockadegeschwader stets zu gestatten. — Der Blockadebruch zieht, wenn er vor dem Prisengerichte erwiesen ist, die Condemnation des Schiffes nach sich. Hat das Schiff feindliche Ladung, dann verfällt auch diese. Hat das Schiff eine Ladung, welche für Rechnung von Unterthanen eines neutralen Staates verschifft ist, dann verfällt diese von Rechtswegen nur dann, wenn sie entweder aus Contrebande besteht oder wenn der Ladungsinteressent um den Blockadebruch wußte. Die Praxis ist geneigt, diese Mitwissenschaft zu präsumiren. Ueber den Act der Wegnahme ist ein genaues Protocoll abseiten des dieselbe vollziehenden Kriegsfahrzeuges aufzunehmen, und ist das aufgebrachte Schiff sobald als möglich in Sicherheit zu bringen. Die Mannschaft eines solchen Schiffes ist, sofern ihr sonst keine Handlung der Feindseligkeit vorgeworfen werden kann, frei.

Die Beschränkung des Verkehres der Neutralen während eines Seekrieges tritt nicht selten durch das Verbot des Handels nach den feindlichen Küsten (die Cobotage) und Colonieen ein. Sofern nun den Neutralen dieser Handel von Seiten des Feindes bereits vor dem Ausbruche des Krieges gestattet war, ist ein solches Verbot von Rechtswegen unstatthaft; wurde dagegen dieser Handel den Neutralen erst mit Ausbruch des Krieges oder während desselben gestattet, dann erscheint jenes Verbot gerechtfertigt. — Wenn ein neutrales Schiff verbotenen Küstenhandel mit dem Feinde treibt, dann wird es, im Falle es Contrebande führt, mit der Ladung verurtheilt; sonst aber wird nur die feindliche Ladung condemnirt und Verlust der Fracht ausgesprochen. — Der Handel mit den feindlichen Colonieen pflegt nur insofern beschränkt zu werden, als eine Verschiffung nach Plätzen des feindlichen Mutterlandes oder nach diesem nahegelegenen neutralen Plätzen stattfindet.

---

35) Ein solcher Versuch ist aber nicht schon darin zu finden, daß das neutrale Schiff den Kurs nach dem blockirten Platze steuert.

Eine andere Art der Beschränkung des neutralen Verkehres ist die durch Embargo. Unter Embargo versteht man die abseiten einer Macht verfügte Anhaltung von Schiffen und ihrer Ladungen innerhalb des Gebietes dieser Macht. Das Embargo kann verschieden vorkommen: 1) als Repressalie gegen die Ungerechtigkeiten einer anderen Macht; dann dauert es nur so lange, bis Genugthuung erfolgt ist; 2) als Kriegsmaßregel gegen den Feind; hier tritt es oft schon vor Ausbruch des Krieges ein; 3) als Sicherheitsmaßregel für die eigenen, befreundeten und neutralen Schiffe vor Feindesgefahr; 4) als Zwangsmaßregel gegen eigene, wie gegen befreundete und neutrale Schiffe im Falle eines Kriegsnothstandes, z. B. wenn zum Transporte von Truppen Fahrzeuge nothwendig sind oder wegen Verproviantirung von Festungen (Angariae von ἀγγαρεία). Man kann diese Maßregel gegen Neutrale nicht, wie Pöhls a. a. O. S. 1168 thut, für eine Ungerechtigkeit erklären, da die kriegführende Macht berechtigt ist, alle in ihrem Gebiete vorhandenen kriegstauglichen Kräfte und Mittel in ihren Nutzen zu verwenden, wie es ja auch keinen Zweifel leidet, daß bei der Vertheidigung einer belagerten Festung jeder Fremde verbunden ist, mit Hand anzulegen wegen des Schutzes, unter den er selbst sich begeben hat. Es versteht sich aber, daß den neutralen Schiffen für den Verlust an Fracht und für die von ihnen geleisteten Dienste sowie wegen etwa erlittener Beschädigung, sofern diese nicht eine rein casuelle ist, volle Entschädigung gebührt, sowie daß sie im Dienste der kriegführenden Macht unter deren Flagge und Commando zu fahren haben.

Um die Nachtheile eines Seekrieges für den Verkehr der Unterthanen der kriegführenden Mächte weniger fühlbar zu machen, werden von den Beschränkungen des Verkehres mitunter Ausnahmen gemacht. Diese Ausnahmen werden entweder unter den Kriegführenden selbst vertragsmäßig festgestellt oder es werden Privatpersonen von den Kriegführenden durch Dispensation von den Nachtheilen des Kriegsstandes privilegirt. Derartige Privilegien heißen **Licenzen**. Diese Licenzen werden von den kriegführenden Regierungen oder ihren Stellvertretern ertheilt und zwar entweder eigenen Unterthanen oder Unterthanen des Feindes oder neutralen Unterthanen. Die von der feindlichen Macht angenommene Licenz erscheint als Verrath, wenn sie nicht die Zustimmung der eigenen Obrigkeit erhalten hat. In der Annahme von Licenzen einer kriegführenden Macht abseiten neutraler Unterthanen liegt eine Verletzung der Neutralität; daher wird es der Klugheit angemessen sein, wenn die neutrale Regierung von derselben keine officielle Kenntniß nimmt; von Rechtswegen sollte die neutrale Regierung sie gar nicht dulden; wird sie dem Feinde durch Entdeckung der sie enthaltenden Urkunde am Bord eines neutralen Schiffes kund, so ist er zur Wegnahme des neutralen Schiffes berechtigt. Eine von feindlichen Unterhanen unter Vorspiegelung einer neutralen Nationalität erschlichene Licenz ist wirkungslos der die Licenz ertheilthabenden Macht gegenüber;

der eigenen Obrigkeit gegenüber erscheint sie als Verrath; ebenso ist es strafbar, wenn die eigenen Unterthanen der die Licenz ertheilenden Macht dieselbe auf die angegebene Weise erschleichen. — Die Licenz als ein Privilegium ist strict zu interpretiren.

Mit den Licenzen ist nicht zu verwechseln das Neutralisiren, wodurch man feindlichen Schiffen und Ladungen den Charakter neutraler zu geben versucht. Das Neutralisiren läßt ohne Unwahrheit und Täuschung sich nicht bewerkstelligen; es ist ein Betrug, an dem sich eine neutrale Regierung nicht betheiligen darf, wenn sie nicht das Vertrauen verlieren und der Gefahr sich aussetzen will, ihren Staat wie einen feindlichen behandelt zu sehen.

Das Segeln unter fremder Flagge ist erlaubt, wenn es vertragsmäßig unter den betreffenden Staaten festgestellt worden oder mit Vorwissen und Genehmigung der zuständigen Behörden beider Staaten geschieht. Indessen, wenn die angenommene Flagge eine feindliche ist, so wird das sie führende neutrale Schiff seiner Nationalität ungeachtet confiscirt und ebenso wird, wenn die angenommene Flagge eine neutrale ist, das sie führende feindliche Schiff der Flagge ungeachtet confiscirt, weil die Flagge zwar ein Kennzeichen der Nationalität, allein nicht der wahre Charakter derselben ist; sie kann, wie jedes andere Kennzeichen, täuschen und die Wahrheit und Wirklichkeit darf dem Scheine nicht nachgesetzt werden. Indessen ist die neutrale Ladung dann freizugeben, wenn demjenigen, für dessen Rechnung sie verladen worden, die feindliche Nationalität des Schiffes unbekannt war oder wenn er unter der angenommenen Flagge verlud, als diese noch nicht feindlich war.

Zu den Betrügereien, welche in Kriegszeiten von der Schlechtigkeit ausgeführt werden, gehört auch das Segeln mit gefälschten und fingirten Papieren sowie das Steuern eines falschen Kurses, d. h. eines von demjenigen nach dem Bestimmungsorte wesentlich abweichenden. Eine neutrale Obrigkeit, welche an dergleichen Betrügereien sich betheiligt, hat zu erwarten, daß ihre Beglaubigungen nicht geachtet und ihre Schiffe und Ladungen denen des Feindes gleichgestellt werden. Daher unterliegen jene gedachten Betrügereien, wenn sie von der eigenen Obrigkeit entdeckt werden, von Rechtswegen verdienter Strafe und können auf keinen Schutz abseiten der heimischen Obrigkeit rechnen, wenn mit Wegnahme von Schiff und Ladung gegen die bei ihnen Betheiligten von den Kriegführenden verfahren wird.

Es ist bereits bemerkt, daß die Neutralen dem Durchsuchungsrechte der Kriegführenden sich nicht widersetzen dürfen. Eine Widersetzlichkeit berechtigt den Befehlshaber des die Durchsuchung vornehmenden Kriegsschiffes (nur Kriegsschiffe und dazu bevollmächtigte Kaper dürfen die Durchsuchung vornehmen, nicht Schiffe, welche ohne Kriegsfahrzeuge zu sein, blos die Kriegsflagge führen) nicht nur zur Aufbringung wegen des aus ihr entspringenden Verdachtes, sondern auch zur Ergreifung der geeigneten Maßregeln, um sich Gehorsam zu ver-

schaffen. Eine andere Frage ist es, ob das neutrale Schiff versuchen darf, der Durchsuchung durch die Flucht sich zu entziehen. Im allgemeinen darf diese Frage nicht verneint werden, weil, wenn auch keine Ursache zur Aufbringung vorhanden ist, dennoch das Resultat der Durchsuchung, weil von der Beurtheilung des dieselbe Vornehmenden abhängig, ungewiß ist. Allein es muß Aussicht sein, dem Kriegsfahrzeuge entkommen zu können. Diese dürfte alsdann als nicht vorhanden anzunehmen sein, wenn das Kriegsfahrzeug bereits das Zeichen zum Stilleliegen gegeben hat. Ist daher dieses Zeichen gegeben, dann hat der Schiffer das Schiff anzuhalten und die zur Durchsuchung bestimmten Leute an Bord zu nehmen. Diesen hat der Schiffer die verlangte Auskunft zu ertheilen, ihnen die Schiffspapiere und die Ladung zu zeigen. Die zur Durchsuchung bestimmten Leute haben sich alles eigenmächtigen Verfahrens, sofern ihnen keine ungehörige Widerspänstigkeit entgegengesetzt wird, zu enthalten, sondern ihrem Befehlshaber von dem Befunde Bericht zu erstatten. Falls nichts Verdächtiges oder Neutralitätswidriges vorgefunden wird, hat der Befehlshaber das Schiff ruhig fahren zu lassen und den Befund zu attestiren. Im entgegengesetzten Falle läßt der Befehlshaber das Schiff mit entsprechender Mannschaft besetzen und bringt dasselbe in den nächsten Hafen seines Souverains oder in einen neutralen Hafen. Hierbei ist zu bemerken, daß der Neutrale nicht verpflichtet ist, dieses Einbringen von Prisen zu dulden und noch viel weniger zur Bewachung derselben im Interesse des Aufbringenden Beistand zu leisten; ja letzteres darf er sogar nicht, ohne die Neutralität zu verletzen; Kriegsgefangene, welche auf neutralem Gebiete der Gewalt ihres Feindes entkommen, sind frei. Besonders gegen Kaper gelten strenge Grundsätze; diese werden auf neutralen Gewässern als Seeräuber angesehen und behandelt. — Der Schiffer darf, wenn er sich der Aufbringung nicht aussetzen will, keine Schiffspapiere beseitigen. Im Falle nichts Neutralitätswidriges in Betreff des Schiffes oder der Ladung vorliegt, ist zu solcher Beseitigung keine Veranlassung und wegen des aus ihr entspringenden Verdachtes setzt sie Schiff und Ladung in Gefahr; im Falle wirklich zur Aufbringung Ursache vorhanden ist, wird die Beseitigung der Schiffspapiere zur Entdeckung des Neutralitätswidrigen um so leichter Veranlassung geben, als sie schwerlich unbemerkt geschehen kann. — Ueber die Besitzergreifung des Schiffes und der Ladung hat der Befehlshaber des Kriegsfahrzeuges ein Protocoll aufzunehmen, von dem Schiffer die Schiffspapiere und die Schlüssel sich ausliefern zu lassen und dieselben zu versiegeln; über Schiff und Ladung hat er sich jeder instructionswidrigen Disposition zu enthalten, vielmehr die gehörige Sorgfalt auf ihre Erhaltung und Bewahrung vor Beschädigung zu wenden, weil die Wegnahme ihm kein Eigenthum giebt, sondern nur geschieht, damit das competente Gericht über die Confiscation entscheide. — Wenn der Grundsatz anerkannt wird, daß die neutrale Flagge das unter ihr geladene

feindliche Gut decke, dann ist bei neutralen Schiffen nur dann infolge der vorgenommenen Durchsuchung zur Aufbringung Veranlassung gegeben, wenn Contrebande geladen worden. Indessen sollte man hier mit der Auslieferung der Contrebande abseiten des Schiffers sich begnügen, weil den Kriegführenden kein Strafrecht gegen die Neutralen zusteht, sondern nur das Recht, sie an einer Begünstigung des Feindes durch Zufuhr von Contrebande zu verhindern; wird daher die Contrebande ausgeliefert, so ist diesem Rechte genügt. Für den Fall, daß der Schiffer freiwillig die Auslieferung der Contrebande anbietet und dieselbe erfolgt, ist in einigen Staatsverträgen (s. Pöhls a. a. O. Th. IV, S. 1195, N. 5) ausdrücklich bedungen, daß das Schiff seinen Weg ruhig fortsetzen dürfe. Da, wo der obige Grundsatz hinsichtlich feindlicher Ladung nicht gilt, muß die Auslieferung dieser Ladung das neutrale Schiff unbedenklich befreien, weil die feindliche Ladung, sofern sie nicht aus Contrebande besteht, dem neutralen Schiffe seine Nationalität nicht raubt. — Die Frage, ob der Schiffer vor der Durchsuchung die nicht neutrale Ladung (also auch Contrebande) werfen dürfe, ist zu bejahen, weil das Kriegsfahrzeug nur wegen einer vorhandenen neutralitätswidrigen Ladung das Schiff aufbringen darf, nicht aber wegen einer bereits durch Seewurf entfernten; denn eine solche Entfernung bringt seinem Staate keine Kriegsgefahr und dem Feinde keinen Vortheil, und nur wegen eigener Gefahr oder feindlichen Vortheiles darf die Aufbringung vorgenommen werden. — Feindliche Schiffe werden stets aufgebracht.

So wenig dem Befehlshaber des Kriegsfahrzeuges gestattet ist, mit dem aufgebrachten Schiffe (Prise) anders zu verfahren, als ihm die erhaltene Instruction vorschreibt, ebensowenig ist ihm gestattet, die Prise gegen ein Lösegeld freizulassen. Dies folgt daraus, daß er die Prise nicht für sich, sondern für den Staat aufbringt. Indessen, da es für seinen Staat jedenfalls besser ist, Etwas statt Nichts zu bekommen, so darf man ihm wohl gestatten, die Prise dann gegen ein Lösegeld freizulassen, wenn der Verlust derselben durch feindliche Uebermacht wahrscheinlich ist.

Um den ihren Neutralitätsprincipien widerstreitenden Forderungen der Kriegführenden und somit auch der Durchsuchung ihrer Schiffe zu entgehen, setzen sich die Neutralen entweder allein oder vereinigt mit anderen auf den Kriegsfuß. Dies heißt bewaffnete Neutralität. Die Geschichte dieses Institutes und seine Bedeutung gehört in das Völkerrecht und würde hier zu weit führen.

Will eine neutrale Macht blos ihre Handels- und Passagierschiffe oder auch diejenigen eines anderen neutralen Staates vor der Durchsuchung abseiten feindlicher Kriegsfahrzeuge schützen, so läßt sie dieselben durch ihre Kriegsfahrzeuge begleiten.

Der Schutz, welcher Handels- und Passagierschiffen durch die Begleitung von Kriegsfahrzeugen zu Theil wird, heißt Convoy. Dieser

Schutz bezieht sich nicht nur auf die Durchsuchung von Kriegsschiffen, sondern auch auf die Belästigungen durch Kaper und Seeräuber. Im Mittelalter vereinigten sich mehrere bewaffnete Handelsschiffe unter einem Anführer (Admiral) zur Vertheidigung insbesondre gegen Seeräuber oder Kaper, weil diese den Schiffern zur Pflicht gemacht war. Solche Allianz hieß Admiralschaft und die Urkunde darüber Admiral- oder Seyn-Brief. Die Admiralschaften sind in neuerer Zeit außer Gebrauch gekommen; dagegen ist das Convoyiren an ihre Stelle getreten. Hinsichtlich des Convoyirens ist zu merken, daß die neutrale Convoy keine Schiffe eines kriegführenden Theiles gegen den anderen kriegführenden Theil in Schutz nehmen, auch keine Contrebande auf den Schiffen unter ihrem Schutze dulden darf. Neutrale Schiffe unter feindlicher Convoy gelten als feindliche. Es sollte bei neutralen Schiffen, die unter neutraler Convoy fahren, die Durchsuchung nicht stattfinden, sondern die Auskunft von dem Befehlshaber des begleitenden Kriegsschiffes genügen; jedenfalls ist dieser Befehlshaber befugt, die von Kapern intendirte Durchsuchung abzuwehren. Dies wird freilich von den ihm zu Gebote stehenden Mitteln abhangen. Hiervon hängt aber auch die praktische Entscheidung der streitigen Frage, ob die neutrale Convoy die Durchsuchung hindern darf, einstweilen noch ab. Indessen scheint soviel ausgemacht, daß die Nichtrespectirung der neutralen Convoy der neutralen Macht Anlaß zur Kriegserklärung geben kann, wie umgekehrt diejenige neutrale Macht dem Kriegsrechte verfallen ist, welche wissentlich Contrebande convoyiren läßt.

Es ist bereits bemerkt worden, daß die weggenommenen Schiffe und Ladungen ihre bisherigen Eigenthümer erst durch gerichtlichen Spruch verlieren. Die Gerichte, denen solche Entscheidung obliegt, heißen Prisengerichte[36]). Die weggenommenen Schiffe und Ladungen unterliegen dem Urtheilsspruche der Prisengerichte desjenigen Staates, in dessen Namen sie aufgebracht sind. Diese Jurisdiction darf aber nicht in neutralem Gebiete geübt werden und daher ist es weder gestattet, daß die Kriegführenden in neutralem Gebiete durch ihre Consuln die Prise sich zusprechen lassen, noch sind die neutralen Gerichte zu solcher Urtheilssprechung befugt. Dagegen wird den Kaptoren gestattet, von neutralem Gebiete aus die Acten durch ihren Consul an das Prisengericht ihres Staates behufs einer zu treffenden Entscheidung einzusenden. — Gelangt ein aufgebrachtes Schiff oder eine genommene Ladung vor der Zusprechung an den Kaptor in das Gebiet des Staates, dem ihr Eigenthümer angehört, dann sind sie, wenn dieses Gebiet das dem Kaptor feindliche ist, frei; ist das Gebiet neutral, dann hat die Obrigkeit des neutralen Staates hier allein über die abseiten ihrer Unterthanen be-

36) Nach Analogie dieser Prisengerichte hat man auch Gerichte für die Entscheidungen über Wegnahme solcher Schiffe, welche verbrecherischen Unternehmungen dienen, wie zum Sclavenhandel und zum Seeraube bestimmte Schiffe.

gangene Neutralitätswidrigkeit zu entscheiden. Eben dieses hat statt, wenn das neutrale Eigenthum, welches wiederum auf neutrales Gebiet gelangt, vorher unter Verletzung des neutralen Gebietes genommen worden. — Der Umstand, daß der Kaptor das Gebiet eines neutralen Staates bei der Wegnahme verletzt habe, kommt den Eignern des weggenommenen Gutes nur dann zu Statten, wenn der verletzte neutrale Staat selbst sich beschwert; sie dürfen sich darauf nicht berufen, weil sie unbefugter Weise nicht fremde Rechte, vielweniger fremde Hoheitsrechte zu vertreten haben. — Die Rechtskraft der prisengerichtlichen Entscheidung bindet nur den Kaptor, nicht den Neutralen, der gegen dieselbe, von der Verjährung abgesehen, stets diplomatische Schritte seiner Obrigkeit veranlassen kann. —

Die Prisengerichte entscheiden zunächst nach dem besonderen Prisenrechte ihres Landes, wobei jedoch stets die Vereinbarungen mit dem neutralen Staate, dessen Unterthanen die Eigner des weggenommenen Gutes sind, berücksichtigt werden müssen, sowie die von der eigenen Regierung beim Ausbruche des Krieges bekannt gemachten Erlasse; in Ermangelung solcher besonderen Normen sind die allgemeinen des Völkerrechtes maßgebend. Nach fremdem Rechte pflegt dann entschieden zu werden, wenn dieses seinen Staatsangehörigen ungünstiger behandelt als das einheimische Recht, weil das Höchste, was der Fremde verlangen darf, die Behandlung nach seinem vaterländischen Rechte ist. —

Die Einrichtung der Prisengerichte hängt von dem sie einsetzenden Staate ab, der Prisensachen zur Entscheidung auch schon bestehenden Gerichten überweisen kann. Nur muß die Einrichtung der Prisengerichte den allgemeinen Erfordernissen eines Gerichtes, namentlich in Betreff der Möglichkeit unparteiischer Entscheidung entsprechen. — Aehnlich wie mit der Einrichtung verhält es sich mit dem Verfahren; auch dieses bleibt dem die Prisengerichte einsetzenden Staate unter der eben angegebenen Beschränkung überlassen. — Das Verfahren beginnt damit, daß der Kaptor oder der Führer der Prise vor dem Gerichte erscheint, diesem die etwa gemachten Gefangenen, die Schiffspapiere, das etwa aufgenommene Inventarium sowie das über die Wegnahme aufgenommene Protocoll überliefert, worauf ein Commissarius des Gerichtes an Bord der Prise erscheint und die nöthigen Sicherungsmaßregeln trifft[37]. Darf der Kaptor (z. B. wenn er ein Kaper ist) auf Zusprechung der Prise Anspruch machen, dann hat er dies zu thun; sonst hat er diejenigen Ansprüche zu erheben, welche ihm wegen der Nehmung zustehen. — Der Richter nimmt zur Herstellung des Thatbestandes eine summarische Untersuchung vor, bei welcher er selbstverständlich diejenigen rechtlichen Mittel anwenden darf, welche zur Erforschung der Wahrheit geeignet sind. — Ergiebt diese Untersuchung

---

37) Befinden sich unter der Ladung leicht verderbliche Waaren, dann kann er den Verkauf derselben verfügen.

auf unzweifelhafte Weise die Ungerechtigkeit der Nehmung, dann ist die Prise freizusprechen und, unter Vorbehalt der Schadensansprüche gegen ihn, der Kaptor in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen. Stellt sich dagegen unzweifelhaft heraus, daß das genommene Gut mit Recht genommen worden, dann ist dasselbe entweder zu confisciren, unter Entschädigung oder Belohnung des Kaptors, wenn dieser der Flotte angehört, oder aber es ist dem Kaptor, unter den gebührenden Abzügen, zuzusprechen, wenn dieser ein Kaper ist. — Ist die Rechtmäßigkeit der Wegnahme zweifelhaft, dann wird ein bestimmter Termin zur Vernehmlassung unter angemessenem Präjudiz öffentlich bekannt gemacht. Läuft dieser Termin ab, ohne daß Ansprüche oder Widersprüche angemeldet werden, dann erfolgt die Präclusiv- und Adjudicationssentenz, welche, wenn sie rechtskräftig geworden, demjenigen, zu dessen Gunsten sie lautet, ein ius quaesitum ertheilt. — Wird dem Verfahren des Kaptors von den Betheiligten widersprochen, dann entsteht hierüber eine Verhandlung, der, falls es noch erforderlich, das Beweisverfahren folgt. Bei diesem hat der Reclamant den Beweis der Unrechtmäßigkeit der Wegnahme zu führen, weil im Zweifel die Rechtmäßigkeit der Wegnahme vermuthet wird. — Die Sentenz erster oder zweiter Instanz, mag sie nun condemnatorisch oder freisprechend lauten, kann, ungeachtet dawider eingelegter Appellation, meistens gegen Sicherheitsbestellung desjenigen, zu dessen Gunsten sie lautet, sogleich vollstreckt werden. — Ist das Schiff frei und die Ladung oder ein Theil derselben streitig, so braucht das Schiff die Beendigung des Processes wegen der Ladung nicht abzuwarten; es genügt, wenn der Schiffer einen Bevollmächtigten stellt. Umgekehrt sind auch die Interessenten einer freien Ladung nicht verbunden, den Ausgang des Processes wegen des Schiffes abzuwarten, wofern nicht nach dem Rechte, welchem die Prisengerichte folgen, die Unfreiheit des Schiffes auch diejenige der Ladung bedingt. — Von Rechtswegen sollte der Reclamant, welcher mit Unrecht streitet, die Proceßkosten, sowie der Kaptor, welcher wegen widerrechtlicher Aufbringung im Processe unterliegt, die Proceßkosten und den liquidirten Schaden bezahlen. Bei Kapern pflegt man hier auch keine Rücksicht zu nehmen; ebensowenig sollte dies aber auch bei Flottenofficieren geschehen, für deren Versehen in subsidium der Staat, dem sie dienen, aufzukommen hat.

Ein neutraler Schiffer, der seine Reise wirklich beendet hat, darf auf einer folgenden Reise wegen Neutralitätswidrigkeiten, die er auf der beendeten Reise verschuldet hat, nicht aufgebracht werden. — Mit eingetretenem Frieden hört der Kriegszustand mit seinen Feindseligkeiten auf; von Rechtswegen sollten daher dann die schwebenden Prisenprocesse niedergeschlagen werden.

Harder.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Weiske, Julius, 1801-1877

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 9

Leipzig 1855